

O princípio da proporcionalidade e a validade das provas ilícitas colhidas no Inquérito Policial:

Sumário: 1. Considerações introdutórias - 2. A produção de provas na investigação criminal - 3. As provas ilícitas - 4. Prova ilícita por derivação - 5. O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade e demais teorias - 6. Poderiam ser utilizadas provas ilícitas colhidas na fase pré-processual - 7. Conclusões - Bibliografia.

## 1 - Considerações introdutórias

No fatídico dia 11 de setembro, Osama Bin Laden, a mais significativa figura do terrorismo mundial, foi responsável pela morte de mais de quatro mil e seiscentas pessoas, com a destruição do World Trade Center, em Nova York. Na Europa, nos últimos trinta anos, ocorreram onze atentados contra aviões e aeroportos. No último, explodiram, no ar, dois aviões Tupolev, ambos haviam decolado de Moscou, oitenta e nove pessoas morreram.

No Brasil, as coisas não são muito diferentes, em São Paulo, trinta policiais civis e militares foram mortos pela facção criminosa denominada de Primeiro Comando da Capital, o maior chefe da organização, Marcos Willians Herbas Camacho, conhecido como "Marcola", ao ser chamado pelo Delegado Godofredo Bittencourt e instado a interromper a matança, respondeu: "Não, eu não posso fazer parar isso . . ., a ordem já foi dada . . ., eu posso entrar numa delegacia e matar um policial, mas um policial não pode entrar na cadeia e me matar, pois é obrigação do estado me proteger".

No Rio de Janeiro, bandidos fizeram mais de uma dezena de ataques, incendiaram ônibus, metralharam postos da polícia e delegacias, dezoito pessoas morreram, algumas queimadas vivas, vinte e duas ficaram feridas.

Ao contrário do que apregoam alguns doutrinadores que, advogam teses abolicionistas mascaradas sob o nome de Direito Penal Mínimo, não é a mídia propagadora e divulgadora que faz as pessoas acreditarem ser o direito penal a solução para todos os males. E com o perdão do grande filósofo Michel Foucault<sup>1</sup>, mas a prisão ainda é a forma mais digna e humana que conhecemos nos dias atuais para contermos o avanço da criminalidade organizada, a qual age livremente no Brasil. Sua finalidade é impedir que os criminosos prossigam em sua saga, segregando-os da sociedade, ressocializá-los é uma aspiração filosófica, mas não o objetivo da pena, a qual deve ser cumprida em condições condizentes com a dignidade dos seres humanos, mas temos que admitir que nem todos podem ser ressocializados.

Enquanto isso, nossos legisladores sob os aplausos da doutrina extremamente garantista, abrandam as penas e descriminalizam as condutas, seguindo as apregoadas linhas modernizadoras do ordenamento jurídico, nossos tribunais mitigam o rigor do ordenamento jurídico, como recentemente se deu com a progressão penal nos crimes hediondos.

Esquecem-se que a sociedade tem que ser protegida, e clama por punições mais rigorosas para crimes violentos. No processo penal, alguns juristas entendem que tudo favorece o réu e utilizam direitos e garantias fundamentais para salvaguardarem os autores das práticas ilícitas mais dantescas.

As normas constitucionais devem ser observadas, porém nenhuma garantia constitucional é absoluta, e nenhum princípio foi elevado em nível constitucional para ser utilizado de forma a impedir que práticas criminosas realizadas pudessem permanecer impunes, pois não se garante a intimidade com o fito de permitir a prática delituosa.

## 2. A produção de provas na investigação criminal

O inquérito, inicialmente concebido como forma de descoberta da verdade, surgiu na Grécia antiga, sob forte influência do pensamento mítico, onde até então as soluções para os conflitos eram encontradas em oráculos divinos, se fez presente pela primeira vez através da figura da testemunha, e seu testemunho decorre do conhecimento que possui da verdade e não de força divina.

Segundo Michel Foucault<sup>2</sup> dessa "grande conquista da democracia grega, este direito de testemunhar, de opor a verdade ao poder, se constituiu em um longo processo nascido e instaurado de forma definitiva em Atenas . . ., esse direito de opor uma verdade sem poder a um poder sem verdade".

Em função dessa inovação cultural decorreu a inovação procedimental na forma de apuração da verdade, que hoje chamamos de inquérito policial.

Em Roma desenvolveu-se como um sistema que buscava solucionar conflitos através da apuração da verdade, tendo atingido grande sofisticação, mas que com o fim do apogeu do Império Romano, foi deixado ao esquecimento.

Ressurge, no entanto, na segunda metade da Idade Média, desenvolvido a partir das práticas do Direito Romano que foram resgatadas pela Igreja.

Já o sistema acusatório, surgiu na Inglaterra, onde o responsável pelo julgamento não participa da produção da prova, e ganhou os contornos semelhantes aos que conhecemos nos dias atuais, com Henrique II.

E foi da "reunião dos dois sistemas que, Napoleão vai fazer surgir um processo misto, também conhecido como reformado ou napoleônico"<sup>3</sup>

O Código Napoleônico influenciou as subseqüentes legislações européias, das quais originaram o nosso sistema processual penal, ainda hoje em vigor, onde o inquérito policial consiste na primeira fase da persecução penal, ficando para a segunda fase a passagem das informações colhidas ao crivo do contraditório.

Diante disto, surge para nós a primeira questão que teremos que enfrentar, a demonstração de que existe a produção de provas na investigação policial, ao contrário do que preconizou o Prof. Fernando da Costa Torinho Filho<sup>4</sup>, rotulando o inquérito policial de "peça meramente informativa", sendo seguido preconceituosamente por diversos outros autores, os quais estribam tais restrições principalmente na inexistência do contraditório na primeira fase da persecução penal.

O inquérito policial não está isento de imperfeições, mas segundo os ensinamentos do eterno mestre, Augusto Mondin<sup>5</sup>, é o registro legal, formal e cronologicamente escrito, onde se dá a apuração dos crimes, trazendo em seu bojo os elementos probantes, alguns realmente provisórios, pois carecem do contraditório ao qual serão submetidos na

instrução criminal, mas outros existem que não poderão ser repetidos em juízo, quais sejam, a arrecadação dos vestígios deixados no local do crime, as buscas e respectivas apreensões ocorridas durante a investigação, das quais decorrem as mais diversas perícias químicas, toxicológicas, médicas, odontológicas, psicológicas, antropológicas, genéticas, caligráficas, balísticas, datiloscópicas, residuográficas, entre outras mais.

Devemos lembrar também dos documentos obtidos com as quebras de sigilos bancários, telefônicos e fiscais, sem perder de vista que os meios de provas previstos pelo Código de Processo Penal não são taxativos, existindo as chamadas provas inonimadas, entre as quais destacamos as interceptações ambientais de sons e imagens, o registro de conversas telefônicas feitas pelo próprio interlocutor, pois qualquer meio apto a demonstrar um fato, desde que moral e legal poderá ser utilizado, donde decorrem também os reconhecimento através de fotografias, memoriais fotográficos, vistorias, e destacamos o chamado auto de reconhecimento visiofotográfica de local de crime muito utilizado pelo Departamento de Homicídios e Proteção a Pessoa da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

Outras provas colhidas no bojo do caderno informativo possuem o contraditório deferido pela própria natureza das diligências, caso em que o investigado ou seu defensor tomarão conhecimento da existência da prova apenas após a citação, quando então poderão tentar impugnar a prova ou oferecer contraprova.

Entre estas podemos elencar a interceptação das comunicações telefônicas, a interceptação de informática e telemática, e ainda das correspondências eletrônicas, e por derradeiro, com o advento da Lei 9.034/95, entendemos que a infiltração de agentes de polícia com autorização judicial também fica restrita a esta categoria de prova.

Assim corroboramos com o ilustre Manoel Pedro Pimentel, quando afirma que o inquérito policial "não é uma simples peça informativa como sustentam alguns autores. Mais do que isso é um processo preparatório, em que existe a formação de prova"<sup>6</sup>

Quem poderia negar o valor do inquérito policial que traz em seu bojo tão preciosos recursos materiais e científicos?

Mas o inquérito não é só instrumento a ser utilizado pela denúncia, ou queixa, é com base nele que o juiz decreta a prisão preventiva, a prisão temporária, o seqüestro de bens, e os desafio a aferir quantas denúncias são oferecidas sem estarem estribadas em inquéritos policiais, garanto-lhes, que são poucas.

E, finalmente, consideramos que nosso diploma processual penal acolheu o princípio da livre convicção, assim sendo, o juiz formará o seu convencimento pela livre apreciação das provas constantes dos autos, não havendo predominância de valor legal de umas sobre as outras.

Se os indícios e elementos colhidos na instrução provisória realizada pela polícia refletirem a verdade histórica ocorrida, de modo a formar a convicção do julgador, poderá ele fundamentar completamente sua decisão invocando esses elementos.

Agora, outros elementos existem no bojo do caderno investigativo que por certo são suscetíveis de contestação, entre estes, podemos destacar os depoimentos, as declarações, e principalmente a confissão colhida em forma de interrogatório, estes são atos de relativo valor

probatório, mas acreditamos que no futuro, tais deficiências serão remediáveis aplicando-se a ampla defesa e o contraditório na fase policial.

Agora, temos que destacar o que nos ensinou o magistério do Prof. José Frederico Marques, que no difícil mister de descobrir e colher todas as provas da infração e autoria, a energia dos agentes da autoridade policial vão além, em certos casos, do que é lícito praticar, aí então é que surge o desafio de nosso trabalho.

### 3. As provas ilícitas

A título de inserção ao tema faremos o estudo da palavra prova, o lexicógrafo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, a define como sendo "aquilo que atesta a veracidade ou autenticidade de alguma coisa".

E seu objeto nada mais é do que os fatos, as coisas ou acontecimentos sobre os quais versam o conteúdo do processo penal, e tal como nos preleciona o Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, "a sanção só será executada a partir da decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstituição de um fato pretérito, o crime, na medida de uma verdade processualmente válida e evidenciadora da culpabilidade ou da periculosidade"<sup>8</sup>.

Podemos, então, concluir que, as provas dentro do processo, deverão ser utilizadas como peças de um quebra cabeças, as quais durante o avanço do processo serão juntadas numa sucessão lógica de forma a possibilitar ao juiz entrever a forma com que se deu o fato criminoso, possibilitando-o assim proferir uma decisão justa e em conformidade com a realidade.

Já o Prof. Antonio Scarance Fernandes, ao tratar a prova em sua obra, principia por destacar o direito a prova, e seu caráter de garantia constitucional do acusado, traçando um paralelismo entre ela e os demais direitos subjetivos públicos<sup>9</sup>.

Duas formas diametralmente opostas de se identificar qual a principal finalidade da prova inserida no processo penal, e de acordo com a ótica com que encaremos a questão, ao final desse estudo seremos levados a conclusões divergentes, pois não podemos nos esquecer que no aludido processo penal, estão em jogo, a liberdade do indivíduo, e a segurança de toda a sociedade, dois interesses constitucionalmente assegurados e em colisão, termos que aferir, no caso em concreto, qual é o interesse predominante.

Torna-se importante dirimir o dilema de preferir-se que o crime apurado com base numa prova ilegalmente colhida permaneça impune ou que a prova deste modo produzida seja levada para a apreciação do magistrado, dispõe o artigo 5.º, LXI, da Constituição Federal que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Partindo dessa premissa, concluímos que em regra, o processo penal deve ser orientado por provas produzidas de forma legal e legítima, não sendo admitidas as produzidas por meio ilícito.

Existem três grandes sistemas de avaliação de prova, o sistema da prova legal ou tarifada, o da livre apreciação da prova e o do livre convencimento motivado, ou também chamado de modelo misto, ou ainda da persuasão racional. Este é o sistema de avaliação de prova que foi adotado pelo Código de Processo Penal, que em seu artigo 157, dispõe que "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova", mas

deverá indicar na sua sentença os motivos que lhe informaram o convencimento, exigência esta estatuída inclusive pela Carta Constitucional, em seu artigo 94, inciso IX, "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade".

Deste modo, tem-se que o direito a liberdade que as partes tem de provar os fatos que alegam, não é irrestrita, embora seja assegurado constitucionalmente não é um direito absoluto, e encontram suas restrições nos limites constitucionais e por leis infraconstitucionais, e é da relativização da própria garantia constitucional do direito à prova, que se origina o debate a cerca da prova obtida por meios ilícitos.

Não existe no Brasil um conceito único acerca da prova obtida por meios ilícitos, freqüentemente, os doutrinadores utilizam os termos prova ilícita, ilegítima e obtida ilegalmente como se fossem expressões sinônimas, quando em verdade definem situações distinguíveis entre si.

A posição da maioria dos autores brasileiros, seguem a doutrina do Prof.º Alexandre de Moraes, que nos ensina que "as provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto as provas ilícitas são obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e ilegítimas"<sup>10</sup>.

Nos filiamos, entretanto, a tese esposada pelo Ilustre Professor Guilherme de Souza Nuccill, para o qual o gênero é a ilicitude, inclusive porque foi o termo utilizado na Constituição Federal, trazendo o significado de contrariedade ao ordenamento jurídico, o que envolve tanto o ilegal, enquanto infringência as normas de direito material, quanto o ilegítimo, em ofensa as normas de direito processual.

Se aceitarmos que a ilicitude é espécie de ilegalidade, então a Constituição estaria vedando somente a prova produzida com infringência às normas de natureza material.

Mas nosso ordenamento jurídico não descreve quais as sanções a serem aplicadas em consequência da utilização da prova ilícita, muito embora seja expressamente vedada sua utilização pela regra constitucional. Diante disto, entende Antonio Scarance Fernandes, correta a exclusão da prova viciada pelo desentranhamento, antes da sentença, para não influir no julgamento da causal<sup>12</sup>.

#### 4. Prova ilícita por derivação

A teoria da árvore com frutos envenenados, ou *fruitsofpoisonoustree*, como a chamam os americanos, advém do preceito bíblico de que a árvore envenenada não pode dar bons frutos, foi a forma encontrada pela Suprema Corte norte-americana para coibir abusos cometidos por policiais na coleta da prova, tornando-a ineficaz, assim como aos seus frutos, ou seja, as provas secundárias, em princípio lícitas em si mesmas, mas que derivaram das primeiras ilicitamente colhidas, também estão contaminadas pelo veneno ocasionado pela gênese da prova originária ilegal.

O direito norte-americano entende que as provas serão ilícitas quando obtidas por agentes públicos estaduais ou federais, por serem reputadas inconstitucionais consoante a IV Emenda. Esta tutela os

direitos individuais dos cidadãos, como também dispõe acerca das garantias fundamentais contra a ingerência do Estado na esfera particular do indivíduo”<sup>13</sup> .

Entretanto, sob a ótica do Direito americano, a doutrina da árvore dos frutos envenenados não é absoluta, sendo que a doutrina norte-americana reconhece quatro exceções, ou limitações a sua aplicação.

A primeira, podemos chamar de limitação da fonte independente, através da qual os fatos levados ao conhecimento do tribunal, desde que tivessem a possibilidade de serem provados através de uma outra fonte independente daquela contaminada, teriam perfeitas condições de serem utilizados por não estarem diretamente ligados a árvore.

A segunda, exceção à doutrina é a denominada limitação da descoberta inevitável, caso em que a prova decorrente de uma violação constitucional teria que ser avaliada se hipoteticamente ela viria a ser descoberta por outros meios jurídicos disponíveis.

A terceira exceção é a chamada limitação da descontaminação, segundo essa inobstante a prova ser ilícita, poderá ocorrer no processo um acontecimento capaz de purgar o veneno, imunizando os respectivos frutos, como uma posterior confissão espontânea do acusado.

Por derradeiro, a quarta exceção a qual consiste na limitação da boa-fé, quando os agentes do estado realmente acreditam que observaram as disposições legais.

É necessário reconhecer que a Constituição da República Federativa do Brasil, embora tenha vedado a admissão da prova ilícita, não se manifestou sobre a prova ilícita obtida por derivação, a respeito citamos o entendimento do ilustre Prof. Paulo Rangel, que afirma “somos do entendimento de que a prova obtida lícitamente, através daquela colhida com infringência à lei, é admissível no processo, pois onde a lei (Constituição), não distingue, não cabe ao interprete distinguir. A Constituição não tratou da prova derivada”<sup>14</sup> .

Mas nossa Corte Suprema, não deu ouvidos ao sábio doutrinador, e vem acatando a teoria dos frutos da árvore envenenada em seus julgamentos, entendendo pela contaminação de todas as provas que derivam diretamente da prova obtida por meios ilícitos.

No entanto, como pudemos observar pelas limitações existentes na doutrina norte-americana, a jurisprudência pátria absorveu, como sempre, apenas a parte que lhe interessava da doutrina alienígena.

##### 5. O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade e demais teorias

A questão de se admitir ou não a utilização da prova ilícita tem consistido em um grande problema a respeito dessa questão, formaram-se, segundo Maíra Silva da Fonseca Ramos<sup>15</sup> , três grandes correntes de entendimento, salvo pequenas variantes, tidas como as fundamentais.

A primeira delas, denominada de Teoria Obstativa, propugna pela inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito, a aludida teoria apóia-se no fato de que a prova ilícita deve ser sempre rejeitada, fulcrando-se no argumento de que a própria Constituição, ao vedar o uso da referida prova, retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou assim a possibilidade de ponderação sobre os valores em jogo.

Corroboram essa teoria nada menos do que Heleno Cláudio Fragoso, e José Frederico Marques, esses doutrinadores entendem que é preferível que um crime fique impune do que se outorgar eficácia à prova que o desvendou, quando colhida com violação dos direitos fundamentais do acusado.

A maior parte da doutrina vem se posicionando nesse sentido, no entanto, não nos parece ser o melhor posicionamento, pois o julgador no caso em concreto deve sopesar os valores e interesses em conflito a fim de verificar qual preponderará no caso em concreto.

A Teoria Permissiva entende que a prova obtida ilicitamente sempre deverá ser reconhecida no ordenamento jurídico, calcando seu entendimento no fato de que o ilícito se refere ao meio de obtenção da prova e não ao seu conteúdo, pois a finalidade do processo penal é a busca pela verdade real, e se a prova mesmo que obtida ilegalmente demonstrar ao juiz esta verdade, não poderá ser a prova extirpada do processo.

Por outro lado, é claro que aquela pessoa que obtiver uma prova de maneira ilícita deverá ser punida, caso sua conduta caracterize uma infração penal, são coisas diferentes a utilização da prova e a apuração da prática delitativa quanto a sua obtenção.

Essa teoria é defendida por Helio Tornaghi, Fernando de Almeida Pedroso e Hermenegildo de Souza Rego, entre outros doutrinadores, os quais entendem que seria melhor admitir uma prova obtida ilicitamente, do que deixar um infrator esconder-se atrás de direitos e garantias individuais com a finalidade de praticar delitos.

Na medida em que a própria Constituição da República estatuiu a proibição da utilização da prova obtida por meios ilícitos no processo essa também não nos parece ser a melhor teoria.

Por derradeiro existem as Teorias Intermediárias, as quais tem como alicerce de sua estrutura a relatividade dos direitos e garantias fundamentais, pois "não há como se reconhecer direitos absolutos e intocáveis, o que certamente nos levaria ao caos, não somente jurídico, mas também social"<sup>16</sup>. Todo direito por mais importante que seja, encontra seus limites, mesmo o direito a vida, cede em face do mesmo direito, tanto que em nosso Código Penal encontraremos as hipóteses em que se autoriza que a vida seja ceifada, excluindo-se a ilicitude da conduta daquele que assim procede.

Leciona Alexandre de Moraes que "os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para o afastamento ou diminuição da responsabilidade penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito".

Prossegue o aludido constitucionalista afirmando que "os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos direitos igualmente consagrados pela Carta Magna"<sup>17</sup>.

Essa idéia de proporção entre os direitos advêm da antiguidade clássica, onde os antigos gregos já entendiam que seu comportamento deveria ser avaliado pela idéia de proporcionalidade como padrão do justo, mas modernamente ganhou força pelas decisões proferidas pela Corte Constitucional Alemã, as quais destacaram a exigência de um

critério de proporcionalidade, como forma de harmonizar as normas constitucionais na ocorrência de conflitos entre valores constitucionais, dignos de tutela, nos parece que tal análise não se deve dar em qualquer caso.

Nesses casos, o juiz deverá efetuar um balanceamento dos valores em jogo, ou seja, fixar uma prevalência axiológica verificando no caso em análise qual o direito constitucional prepondera em face do outro no caso em concreto.

Aí, está, o princípio da proporcionalidade, também chamado de princípio da razoabilidade, ou ainda, princípio do interesse predominante, conforme a denominou o ilustre professor Camargo Aranha, um dos defensores da aplicação do citado princípio<sup>18</sup>.

Então, vejamos, a norma constitucional veda de modo categórico a admissão da prova obtida por meio ilícito, assim o são aquelas que ferem as várias inviolabilidades postas como garantias pelo legislador constituinte, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5.º, inciso XII), do domicílio (art. 5.º, XI), das comunicações em geral e dos dados (art. 5.º, XIII), contra a tortura, tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III), a integridade física e psíquica do preso (art. 5.º, XLIX). Dessa forma, a prova colhida em afronta a tais garantias acima elencadas, será ela ilícita e inutilizável como prova.

Caso abracemos o princípio da proporcionalidade, em alguns casos gravíssimos, entenderíamos que o juiz poderia, diante do caso em análise, sopesar se outra norma, também constitucional, não supera em valor aquela que está sendo violada.

Por exemplo, imaginemos o aludido magistrado, diante da possibilidade de optar ou não pela utilização de uma interceptação telefônica ilicitamente obtida, diante de um crime de extorsão mediante seqüestro qualificado pelo resultado morte, no caso foi maculado o direito a inviolabilidade das comunicações da pessoa acusada (art. 5.º, inciso XIII), o qual deverá ser sopesado em face do direito a vida, da vítima, diante da aplicação do aludido princípio, a solução será verificar o interesse preponderante, o qual deverá ser preservado.

A equação nos parece dotada de lógica cartesiana, a inviolabilidade do direito à vida, encontra-se prevista na cabeça, no enunciado do artigo 5.º, enquanto o direito a privacidade relacionada às comunicações telefônicas encontra-se no inciso XIII, do citado artigo, a própria disposição topológica do inciso dentro do artigo deve servir de orientação para aqueles que ainda tenham resistência em admitir qual é o interesse preponderante.

Poderiam ainda discutir que a interceptação telefônica poderia ter sido autorizada pelo magistrado, mas a experiência prática nos ensinou que medidas com mandados de busca e apreensão e escutas telefônicas geralmente levam dias para serem conseguidas, por vezes demoraram semanas, e quando as recebemos, em certos casos, já perderam o seu objeto, acreditamos que as ferramentas devam estar à disposição do médico de plantão, e não do diretor do nosocômio, dificilmente encontrável quando elas se fazem necessárias, mas isto é assunto para um outro artigo<sup>19</sup>.

Assim haverá dois resultados quando os questionamentos passarem sob a ótica do princípio da proporcionalidade; o primeiro, quando o direito de maior relevância for violado, nesse caso o mencionado direito



deverá ser tutelado pelo poder judiciário e, conseqüentemente, a prova ilicitamente colhida não será aceita. O segundo, acontece quando o direito oriundo da prova ilicitamente obtida possuir maior relevância que o direito violado pela ilicitude na obtenção da prova, caso em que a prova ilicitamente obtida deverá ser aceita, com validade e eficácia.

A crítica que se costuma opor a aplicação do mencionado princípio, reside em deixar nas mãos do juiz um poder absoluto de apreciação sobre o valor que deve preponderar, não concordamos, pois são claros os critérios balizadores para a atuação do juiz, além do que, como já asseveramos, a aplicação do princípio de proporcionalidade apenas se deve dar em situações que a vantagem de sua aplicação supere aos danos causados pela sua não aplicação.

A ilustre Ada Pellegrini Grinover<sup>20</sup>, nos ensina também que a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, também é uma manifestação do princípio da proporcionalidade.

Essa nos parece a melhor posição doutrinária a ser defendida.

#### 6. Poderiam ser utilizadas provas ilícitas colhidas na fase pré-processual

Conforme já discutimos, é inegável que existe a coleta e a produção de provas no inquérito policial, visto que certas espécies probatórias não se repetem em juízo, assumindo assim caráter definitivo.

No afã de salvaguardar interesses coletivos e sociais, e por vezes de vítimas individualizadas, os agentes da lei não raramente dão ensejo à tão criticada produção da prova ilícita, ultrapassando os limites impostos à atividade policial, conforme insculpidos no sistema protetivo dos direitos humanos fundamentais, violando assim um domicílio, implementando uma escuta telefônica de forma clandestina, ou até mesmo interceptando uma correspondência, que segundo parte da doutrina e da jurisprudência pátria, não pode ser interceptada nem mesmo com autorização judicial. Nosso entendimento é que cada caso deva ser analisado em concreto, a luz do princípio da razoabilidade, aquilatando-se os interesses em conflito a fim de deixar preponderar aquele que melhor atender aos anseios da sociedade, pois a prova é a alma do processo, e visa demonstrar ao julgador a verdade histórica ocorrida, de modo a lhe dar certeza e convicção necessárias para bem julgar.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência não são unânimes sobre o assunto, mas já podemos observar significativas mudanças de entendimento ocorridas no decorrer dos anos, podemos destacar a interceptação ambiental de sons ou imagens, gravações telefônicas realizadas por um dos interlocutores, e gravações clandestinas, as quais, uma vez que não encontram vedação expressa no texto constitucional vem sendo amplamente aceitas em nossos Tribunais Superiores, inclusive no Supremo Tribunal Federal, há divergência ainda quanto à possibilidade da interceptação de dados e de telemática, e correspondências eletrônicas, alguns ainda entendem pela inconstitucionalidade, porque a nossa Constituição apenas permitiu a interceptação telefônica.

Tem-se entendido também que a prova ilícita, quando não for à única no contexto probatório, e tampouco a prova decisiva para a solução da

causa, não se poderá falar em prejuízo para a defesa, merecendo ser rechaçada a tese da sua inadmissibilidade, havendo já diversos julgados a respeito nos Tribunais Superiores.

Podemos também afirmar que a prova ilícita, quando favorável ao réu, vem sendo admitida com muita tranqüilidade tendo-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas de justificação legais da antijuridicidade, como a legítima defesa, é a chamada teoria da exclusão da ilicitude<sup>21</sup> .

"Tal posição é, de fato, justa, fazendo-nos crer que é caso até de inexigibilidade de conduta diversa por parte de quem está sendo injustamente acusado, quando não for possível reconhecer a legítima defesa"<sup>22</sup> .

Assim sendo, a legítima defesa exclui a ilicitude da coleta da prova em favor do réu, ocorre que, diante desse raciocínio, nos parece claro o dever de acatar a prova produzida de forma análoga só que contra os interesses do réu, nos casos em que a vítima estaria agindo em legítima defesa sua, ou até de outrem, pois o ordenamento jurídico não tem como finalidade defender apenas os direitos individuais do réu.

É exemplo a já aludida escuta telefônica, sem os requisitos legais, mediante a qual os policiais envolvidos na investigação desvendam a autoria do crime e resgatam a vítima com vida, do cativo. Caso os policiais venham a se utilizar desta prova no bojo do inquérito policial, e das demais provas periciais dela derivadas, não estarão acobertadas pela mesma causa de exclusão de ilicitude? E assim sendo, não poderão ser utilizadas contra os autores do mencionado crime?

Pasmem, mas nesse caso o entendimento é totalmente desfavorável, chegando ao cúmulo, de doutrinadores da envergadura do Dr. Guilherme de Souza Nucci<sup>23</sup> , mencionarem em suas obras ser até possível argumentar a excludente com o intuito de absolver quem faz a escuta clandestina, do crime de abuso de autoridade, mas ressalvando que a interceptação das comunicações, assim obtida, não poderia ser utilizada como prova, para incriminar os autores do delito, afirmando que são situações diversas.

Não conseguimos, com a devida vênia, encontrar o menor substrato lógico no entendimento do citado autor, em que pese o respeito que temos pelo restante de sua obra, não são coisas diversas, se o autor da conduta agiu aparado por uma excludente de ilicitude, então se excluindo a ilicitude de sua conduta, restou uma conduta lícita, e em conformidade com o direito, e razão não há para se falar em ilicitude da prova, eis que decorre de uma conduta legítima em face do direito, sendo assim, permitida sua produção.

Apesar de tudo, ainda hoje os Tribunais Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal se posicionam pela não aceitação da prova ilicitamente obtida, assim como das provas ilícitas por derivação, mas acreditamos que o processo penal visa a busca da verdade, da certeza para nortear suas decisões, e, havendo interesses em conflito, deverá preponderar aquele que melhor atenda aos anseios da sociedade, pois excluir tal prova do processo apenas favorecerá a onda criminosas que assola nosso país.

No tocante à confissão, ela deverá ser fruto de ato voluntário, livre de pressões físicas ou psicológicas, mas mesmo se obtida por meio de tortura, deixo consignado nossa discordância desse método, mas temos que ter a coragem de enfrentar o problema e dizer, que o intérprete

deverá ainda assim sopesá-la com os demais interesses em litígio, para saber se poderá utilizá-la, pois reafirmamos aquilo que já dissemos linha atrás, "todo direito por mais importante que seja, encontra seus limites, mesmo o direito à vida, cede em face do mesmo direito".

## 7 - Conclusões

Os doutrinadores que se opõe à aplicação do princípio da proporcionalidade são aqueles que ainda não se refizeram do autoritarismo da ditadura militar, violador dos direitos fundamentais do cidadão, e temerosos por abusos e excessos que venham a ser cometidos pelos órgãos oficiais, advogam contra a aplicação do citado princípio, a covardia é tamanha que passadas quase duas décadas em que já vivemos sob a égide da Constituição Democrática de 1988, ainda temem facultar aos magistrados o poder de apreciar a prova no caso em concreto, ferindo assim, o princípio de verdade real, pois entre permitir a condenação de um inocente, ou a absolvição de um réu, que indubitavelmente sabem ser responsável pela prática do ilícito, eles se mantêm inflexivelmente fiéis a adoração da segurança que acreditam advinda do cumprimento da norma constitucional, mesmo admitindo que ela não é absoluta, tornando assim lícito a diversos criminosos esconderem-se atrás de direitos e garantias individuais.

José Carlos Barbosa Moreira, nos ensina de forma magistral que "a melhor forma de coibir o excesso e de impedir que se repita, não consiste em santificar o excesso oposto"<sup>24</sup> .

Acreditamos que aqueles que assim pensam, estão em descompasso com a realidade, precisamos efetuar uma análise crítica da justiça penal, pois o direito penal deve apresentar-se de forma limitada e minimalista sim, focado sob uma interpretação garantista, porém, nos dias atuais vivemos uma tendência dualista, podemos observar alguma descriminalização, mas em contrapartida existe uma tendência a uma neocriminalização, em decorrência de um aumento desenfreado da violência em nossos centros urbanos, dos avanços tecnológicos da globalização e das mudanças das bases de vida do homem, vivemos em uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, sob ameaças de terrorismo nuclear, ataques contínuos ao meio ambiente, a manipulação genética e a volubilidade econômica, as quais podem, em consequência, nos levar até a extinção da vida na terra.

É fato que o direito penal clássico encontra-se em déficit de eficiência para enfrentar estas novas realidades delitivas, fundado em garantias que remontam o século XVIII, o que nos obriga a fornecer um novo instrumental jurídico, adequado às tendências mais modernas. Os que assim pensam, dividem-se em duas ordens, uma delas, capitaneada pelo professor Jorge de Figueiredo Dias, que defende o chamado Direito Penal Secundário, a outra, desenvolvida pelo professor alemão Günter Jakobs, intitulada Direito Penal do Inimigo, ambas tem em comum o anseio por oferecer mecanismos de proteção à sociedade, ao Estado moderno, não nos moldes do direito penal clássico, onde se busca tutelar os direitos mais fundamentais dos indivíduos.

O inovadores buscam novas formas de evitar a lesão ao bem jurídico, antecipando a ação do direito pela punição do agente, o que Figueiredo Dias faz através dos tipos de perigo abstrato, nos oferecendo um Direito Penal Administrativo ou Policial, e Jakobs pela condução de vida do agente, um tipo de atitude interna do autor, o que rendeu a Jakobs as mais duras críticas da doutrina internacional, a qual comparou seu conceito de inimigo, ao direito penal do autor, preconizado por Edmund Mezger na Alemanha, durante o regime nazista.

Buscam também, os citados autores, a relativização das garantias processuais, e a imposição de normas intimidantes, ou em outras palavras, com penas mais proporcionais à gravidade dos delitos praticados.

Podemos, segundo as lições de Jesus-Maria Silva Sanches, visualizar nas tendências modernas três velocidades, três enfoques diferentes que podem ser concebidos ao Direito Penal<sup>25</sup> .

Uma primeira velocidade, em que seriam observadas todas as regras garantistas, sejam elas, penais ou processuais penais, seria pois o Direito Penal tradicional, em que estaria em jogo a liberdade do cidadão com a aplicação de uma pena.

Numa segunda velocidade, temos um Direito Penal dedicado à aplicação de penas não privativas de liberdade, onde poderiam ser afastadas algumas garantias com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal, a exemplo do que ocorre no Brasil com os Juizados Especiais Criminais, campo profícuo para a aplicação do Direito Penal Secundário.

E a terceira velocidade do direito, seria uma velocidade híbrida, onde efetuaríamos uma minimização das garantias necessárias, mas com o intuito de aplicar penas privativas de liberdade, nesta encontraríamos algumas das aludidas novas tendências, como o Direito Penal do Inimigo.

O fato é que os frutos de tais correntes do pensamento já se encontram entre nós, gostemos ou não disso, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos, do Regime Disciplinar Diferenciado, do Crime Organizado, e até mesmo o Estatuto do Desarmamento, as quais se encontram repletas de crimes de perigo abstrato, punindo com parâmetros de balizamentos para aplicação das penas mais gravosas, e restringindo garantias processuais.

Não podemos mais enxergar a infração penal sob o ângulo da contravenção ou do crime, de forma prática, temos que admitir que a sistemática de hoje é tripartida, diferenciando-se os crimes como hediondos, não hediondos e de menor potencial ofensivo<sup>26</sup> .

No passado, assim como nos dias atuais, "personagens como Carrara e Hessemer, em certo contexto, supervalorizam de igual forma o indivíduo, enquanto autores como Ferri e Jakobs revelam a sociedade, mantendo a velha contenda de defesa ou repúdio a direitos, em nome de buscar uma efetiva e real proteção"<sup>27</sup> .

Não há como desconhecer o quão próximos estamos dessa discussão, essa preocupação exacerbada em limitar abusos de poder em face dos réus resultou em uma limitação a direitos legítimos da sociedade em face dos delinquentes, os quais convertem-se no centro das atenções, tornando-se as verdadeiras vítimas da sociedade.

Assim, como acreditamos haver demonstrado, precisamos romper com isso, não trilhando o caminho equivocado dos que assim pensam, é necessário restabelecer o equilíbrio entre os direitos do indivíduo e os do Estado, é um absurdo obstaculizarmos a possibilidade de emprego da prova ilícita colhida de boa fé pelo agente público, no afã de salvar uma vida, ou de salvaguardar direitos sociais da maior relevância, e em contrapartida punimos de forma tão anêmica o agente público que age de má fé, e fere as garantias constitucionais sem sopesar os valores

necessários para tanto, carecem eles de uma resposta punitiva mais eficaz.

Não é fácil, contudo, atingirmos o ponto de equilíbrio.

(texto completo no site [jusvi.com/artigos](http://jusvi.com/artigos))

Dr. Carlos Fernando da Cunha Costa

Mestre em Direito Agroambiental pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso ? UFMT. Especialista em Direito e Processo Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso - FESMP. Especialista em Prática Pedagógica no Ensino Superior pelo Centro Universitário Cândido Rondon UNIRONDON. Professor de Direito Penal no Centro Universitário Candido Rondon de Cuiabá ? UNIRONDON. Delegado de Polícia do Estado de Mato Grosso, onde exerce a função de Titular da Delegacia Especializada do Meio Ambiente - DEMA.