



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

RENATO MARTINS LEITE

PROVAS ILEGÍTIMAS E O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE
DAS FORMAS

SOUSA - PB
2008

RENATO MARTINS LEITE

PROVAS ILEGÍTIMAS E O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE
DAS FORMAS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Carla Rocha Pordeus.

SOUSA - PB
2008

Renato Martins Leite

PROVAS ILEGÍTIMAS E O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Aprovada em: ____ de _____ 2008

COMISSÃO EXAMINADORA

Carla Rocha Pordeus
Prof^a. Orientadora

Examinador (a)

Examinador (a)

Sousa - PB
Novembro/2008

Dedico este trabalho aos meus pais, Silvano Martins de Souza e Terezinha Leite de Souza, e a minha namorada, Mayara, que são os grandes responsáveis por essa conquista.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me concedido a oportunidade de estar aqui, ter chegado aonde cheguei e por ter iluminado a minha mente para vivenciar este momento.

Aos meus pais, Silvino e Terezinha, e a minha namorada, Mayara, pelo testemunho, carinho, apoio e amor, sempre presentes em todos os momentos dessa trajetória.

Aos meus irmãos, Wellington e Marianna, que sempre estiveram ao meu lado nessa caminhada.

Aos meus tios e primos, em especial Tio Jonas e Tia Cida, pelo apoio, conselhos, cumplicidade e confiança depositadas para que se tornasse possível a árdua caminhada até aqui.

Aos meus colegas de sala e de residência, pelos momentos que passamos juntos e pela esperança depositada na minha pessoa.

Aos amigos, em especial ao pessoal da Procuradoria da República, pela força e pela total confiança.

À Professora Carla Rocha pela orientação e pelo acompanhamento pontual e constante

Determinação, coragem e autoconfiança são fatores decisivos para o sucesso. Se estamos possuídos por uma inabalável determinação conseguiremos superá-los. Independentemente das circunstâncias, devemos ser sempre humildes, recatados e despidos de orgulho.

(Dalai Lama).

RESUMO

A lei nº 11.690/2008 implantou no Processo Penal Brasileiro uma nova disciplina legislativa para a prova. Essa lei, além de outras modificações, endossou o art. 5º, LV, da Constituição Federal ao prever expressamente a vedação da admissão de tais provas e também definiu uma conceituação de prova ilícita, “assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais”. Nada fora mencionado acerca das provas ilegítimas, assim entendidas as que são obtidas com violação às normas de direito processual. Inere-se que esta diferenciação deve prosperar apenas para fins doutrinários, de sorte que no que tange à utilização das mesmas, a igualdade deve prevalecer. O presente trabalho divide-se em três capítulos e utiliza-se de pesquisas em obras doutrinárias especializadas no processo penal, e em artigos científicos dispostos em sites jurídicos, aplicando-se os métodos dedutivo, histórico-evolutivo, bibliográfico e exegético-jurídico. O objetivo deste trabalho é realizar o estudo aprofundado dos questionamentos existentes acerca do tema central tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O rigorismo da forma processual é mitigado pela utilização de critérios utilizados pelo julgador na aplicação da lei ao caso concreto. Um desses critérios é a ponderação feita entre o bem jurídico ferido com a utilização da prova ilegítima e o bem jurídico que poderá ser afetado com a sua não utilização. A utilização da proporcionalidade também se mostra solução justa na aplicação da lei processual ao caso concreto. O último princípio que deve ser utilizado na ponderação de valores contrastantes é o princípio da instrumentalidade das formas, que observa se o fim da norma fora atendido mesmo que haja a infração à forma estabelecida para o ato processual. Expostas as teorias da admissibilidade e da inadmissibilidade das provas ilegítimas e consoante decisões de alguns Tribunais tem-se que a melhor solução é a da utilização das provas ilegítimas quando estas puderem ser aproveitadas pelo réu sem que haja a violação a um bem jurídico de maior relevância e a finalidade buscada pelo ato tenha sido atingida.

Palavras-Chave: Processo Penal. Provas ilegítimas. Instrumentalidade das formas.

ABSTRACT

The law n°. 11.690/2008 deployed in the Criminal Suit Brazilian law a new discipline for the proof. This law, among other changes, endorsed the art. 5, LV, of the Constitution to expressly provide for the sealing of the admission of such evidence and also established a proof of concept illegal, "thus understood that obtained in violation of constitutional or statutory standards." Nothing was mentioned about the illegitimate proof, so read those obtained in violation of a provision of procedural law. From this study it appears that this differentiation should only prosper for doctrinal purposes of luck in that regard the use of them, this distinction should not prosper. This paper is used for research works on doctrinal expertise in criminal proceedings, and in scientific papers prepared on legal sites, according to the deductive method in the exposure of the subject. This paper aims to complete the detailed study of existing questions about the central issue both in doctrine and in jurisprudence. The rigor of procedural form is tempered by the use of criteria used by the judge on law enforcement in this case. One of these criteria is the balance made between the legal and wounded to the use of illegal proof and legal rights that may be affected with its non-use. The use of proportionality also shows just solution in law enforcement procedure in this case. The last principle that should be used in consideration of contrasting values is the principle of instrumentality of the forms, which notes that the end of the standard outside answered even if the established order infraction to act for the procedure. Exposed the theories of admissibility and inadmissibility of proof as illegitimate and decisions by some courts has been that the best solution is the use of illegal proof if they can be used by the defendant without any violation of the legal rights of a higher profile and the purpose sought by the act has been reached.

Keywords: Criminal Suit. Proof illegitimate. Instrumentality of form.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 9 |
| CAPÍTULO 1 CONCEITO, OBJETO, E ÔNUS DA PROVA | 11 |
| 1.1 SENTIDO LÓGICO E ESTRUTURA ANALÍTICA DA PROVA | 18 |
| 1.2 DIREITO À PROVA | 19 |
| 1.3 OBJETO E ÔNUS DA PROVA | 21 |
| 1.4 PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS | 23 |
| CAPITULO 2. CONCEITO, EVOLUÇÃO NORMATIVA E PRINCÍPIOS REGEN- TES DO PROCESSO PENAL | 26 |
| 2.1 CONCEITO DE PRINCÍPIO | 27 |
| 2.2 EVOLUÇÃO NORMATIVA | 28 |
| 2.3 PRINCÍPIOS REGENTES DO PROCESSO PENAL | 34 |
| 2.3.1 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL | 34 |
| 2.3.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE | 35 |
| 2.3.3 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE | 37 |
| 2.3.4 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS | 38 |
| CAPITULO 3 SITUAÇÃO ATUAL DA PROVA ILEGÍTIMA FRENTE A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS | 41 |
| 3.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROVA ILEGÍTIMA APÓS AS ALTERA- ÇÕES DO CPP | 41 |
| 3.2 SITUAÇÃO ATUAL DA PROVA ILEGÍTIMA FRENTE AO PROCESSO PENAL | 43 |
| 3.3 MITIGAÇÃO DO RIGORISMO FORMAL | 48 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 51 |
| REFERÊNCIAS | 53 |

INTRODUÇÃO

Importantes reformas foram implementadas no Processo Penal com a edição da lei 11.690/2008 que tange ao estudo da prova penal. Alguns dispositivos da lei regulamentaram a matéria da prova ilegal que antes só era previsto constitucionalmente.

Verifica-se que as provas ilegítimas, aquelas que ferem normas de caráter processual, embora firam preceitos de ordem processual relacionados com a observância da forma, podem em certos casos e de acordo com a discricionariedade do julgador, serem utilizados na busca de uma decisão judicial que atenda ao senso comum de justiça. Neste trabalho serão apresentadas as principais discussões acerca do uso da prova ilegítima pelo magistrado, onde envolve posicionamentos a favor ou contra o uso da prova ilegítima que estão situados no terceiro capítulo do trabalho.

A importância jurídica do tema discutido no trabalho está na demonstração da possibilidade de utilização da prova ilegítima no processo penal como supedâneo suficiente para que o juiz, no caso concreto, profira a sua decisão.

O presente trabalho utiliza-se da pesquisa documental em obras doutrinárias especializadas na área jurídica do processo penal que cuida do estudo da utilização da prova, além de artigos jurídicos atinentes ao tema objeto do estudo, trazendo ao bojo da discussão o posicionamento dos Tribunais, aplicando-se os métodos dedutivo, bibliográfico, exegético-jurídico e histórico-evolutivo. O objetivo deste trabalho é aprofundar o estudo da temática escolhida, já que a legislação dá margem a diversas interpretações possíveis de serem utilizadas pelo legislador.

O trabalho está compreendido em três capítulos. No primeiro capítulo são demonstrados os aspectos conceituais da prova e a sua importância para a busca pela verdade real que mais se aproxime da realidade fática e que a coletividade considera como autêntica. Ademais, o capítulo trata ainda da diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas utilizando-se de diversos critérios.

No segundo capítulo é relatado o conceito e as características dos princípios jurídicos e a diferença existente entre estes e as regras. A evolução normativa dos princípios jurídicos também é tratada neste capítulo, além da influência que o jusnaturalismo, juspositivismo e o pós-positivismo favoreceu à consecução desta evolução e a contribuição de Dworkin e Alexy para a normatização dos princípios. Merece destaque também a explanação sobre o princípio da instrumentalidade das formas e os demais princípios correlatos que atenuam a aplicação da lei

O terceiro capítulo acentuadamente analisa de que forma a doutrina e a jurisprudência discorrem acerca do tratamento do uso da prova ilegítima pelo órgão julgador. São explanadas a corrente doutrinária que não admite e as que admitem o uso das provas ilegítimas no processo penal. Finaliza apontando a solução mais conveniente para o senso comum e que está de acordo com a idéia de ordenamento jurídico sistêmico.

CAPÍTULO 1 CONCEITO, OBJETO E ÔNUS DA PROVA

Verdade incontestável é a de que o ser humano, a todo instante e em todos os momentos, é julgado por seus semelhantes em decorrência dos atos que pratica, das palavras ou comportamentos produzidos. Daí poder dizer que para os que vivem todos os dias são de julgamento. Julgar, em sentido amplo e vulgar, significa conjeturar, imaginar, avaliar, reputar. Já, em sentido restrito e técnico, significa declarar ou atribuir, por sentença irrecorrível, o direito de ou a alguém, numa relação jurídica em que há lide.

Tanto em sentido amplo como em sentido restrito, o julgamento processa-se em dois momentos distintos e sucessivos. No primeiro momento, examina-se unicamente o fato para, em um segundo momento, já tendo um fato definido, aplicar uma norma de valor.

A partir da prova e, por intermédio dela, é que se alcança o objeto do processo penal, qual seja a certeza jurídica. O Direito nasce dos fatos e até hoje não houve nenhuma ciência capaz de empreender uma reconstrução dos fatos absolutamente segura e aceita por todos para que o juiz pudesse limitar-se a dizer o direito a ela aplicável.

A sociedade nos dias atuais, evidentemente, não se contenta com qualquer reconstrução dos fatos, mas tão somente com aquela em que a consciência coletiva assimila e aceita como autêntica. Isso se deve justamente pelo fato de ser, a exata reconstituição dos fatos, considerada como pressuposto fundamental de decisões consideradas como justas.

Um dos mais completos estudiosos da prova no cenário nacional, o Ministro Amaral Santos (*apud* Adalberto José Aranha, 2006, p. 54) afirmou com mestria: " A

prova visa, como fim último, incentivar no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser encontrado”. O juiz, nesse contexto, se assemelha ao historiador, que tem uma tarefa reconstrutiva e interpretativa de fatos pretéritos.

O conceito de prova remonta desde os tempos mais antigos. Os povos, mesmo os de civilização mais rudimentar, possuíam certa noção de prova. Contudo, nessa época, predominava a chamada prova mística, que sujeitava os acusados a determinados processos bárbaros e desumanos. Estes processos recorriam ao juízo dos deuses para a indicação do culpado. Os suspeitos deveriam suportar toda sorte de sofrimentos, pois, se resistissem a eles, restaria provada a sua inocência. A este meio primitivo de prova dava-se o nome de “ordália”. Estas regras remontam à Antiguidade Grega, onde julgadores com credibilidade, investidos no julgamento da inspiração divina, atuavam como porta-vozes do normal, do eticamente comprometido e do senso comum.

Pelo sistema de prova legal ou tarifado, cada prova tinha um valor preestabelecido em lei, inalterável e constante, de forma que ao juiz não era dada a possibilidade de livre avaliação, agindo bitolado pela eficácia normativa. Exemplo clássico é encontrado no Deuteronômio: “Pela boca de duas testemunhas, ou de três testemunhas, será morto aquele que houver de morrer; mas pela boca de uma só testemunha não será morto” (XVII). O juiz torna-se um órgão inerte diante do valor tabelado, restando-lhe, apenas, verificar o valor atribuído legalmente atribuído pelo legislador.

O sistema da livre convicção, de origem romana, dava ao juiz toda a liberdade para coligir e apreciar as provas. O juiz mostrava-se soberano em relação à indagação da verdade e avaliação das provas, não estando vinculado a qualquer

regra legal, mas tão somente à sua consciência. Ademais, também não estava obrigado a dizer sobre os motivos relevantes para a sua convicção. Era o denominado princípio da certeza moral do juiz. Atualmente, este sistema é o adotado no procedimento do Tribunal do Júri.

O sistema da persuasão racional do juiz é um misto dos sistemas anteriormente citados e que aproveita os seus pontos positivos. Tornou-se conhecido com a edição dos códigos napoleônicos. Por tal sistema, o juiz age livremente na apreciação das provas, mas a sua avaliação deve observar as regras científicas preestabelecidas. Há também a necessidade de fundamentar e motivar as decisões para que se saiba quais as condicionantes que levaram o julgador à convicção dos fatos. Tal sistema também veda ao juiz, ainda que contrariamente convencido, julgar por notícias ou fatos conhecidos fora dos autos ou por provas colhidas ou produzidas contra as normas.

A Idade Média, a Idade Moderna e a Idade Contemporânea foram dominadas pelas provas legais e pela livre convicção, com reduzida influência da dialética e da retórica. Na segunda metade do século XX, renasceu o interesse pela consistência racional da apreciação dos fatos e pela universalidade dessa apreciação. O processo moderno tem caráter racional, assentando-se sobre uma avaliação dos fatos que deve explicitar-se em argumentações controláveis ou aceitáveis por toda a coletividade.

Sobre o significado etimológico da palavra "prova", os doutrinadores vêm sustentando que a origem da palavra prova é encontrada nas vozes latinas *probatio*, *probationis*, que vêm *probus*, significando bom, correto, honrado. As Ordenações Filipinas já diziam que "a prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões" (Livro III, Título 63).

O honrado processualista italiano Carnelutti, *apud* Adalberto José Aranha (1998, p. 32), diz que:

Las pruebas son así un instrumento elemental no tanto del proceso como del Derecho, y no tanto del proceso de conocimiento como Del proceso del proceso in general; sin ellas, in noenta y nueve por cento de lãs veces, el Derecho no podría alcanzar su finalidad.

Pode-se afirmar que o grau de exigência da prova, deve acompanhar as imposições da realidade cotidiana, já que ela serve como meio de caracterizar a existência de fatos relevantes e, quando estes puderem ameaçar a existência ou a eficácia de direitos subjetivos relevantes e indisponíveis para o seu próprio titular, a sua prova deve estar acima de qualquer suspeita. Trata-se então de conferir a mais elevada confiança e credibilidade à decisão judicial para que ela não cause dano a Direito em decorrência da inércia ou incapacidade de seu titular ou até mesmo a desatenção do juiz, quando estiver em jogo um direito indisponível.

Em decorrência da presunção de inocência e da relevância humanitária da liberdade, para que a acusação seja procedente há uma imposição maior sobre a prova dos fatos incriminadores do que dos exculpadores. Ao contrário, ocorre com a improcedência da acusação, que em muitos casos pode utilizar-se de provas ilícitas em benefício da defesa. Graças ao Garantismo Penal, isso ocorre no processo penal quando estiver em risco um direito fundamental do cidadão especialmente relevante do ponto de vista humanitário, como por exemplo, a intimidade. Na investigação dos fatos, a balança deve pender para o lado do particular, impondo a lei ou o juiz, maior rigor na prova dos fatos mais desfavoráveis a este do que ao Estado.

A idéia de prova está intimamente relacionada com a descoberta da verdade. De forma universal, a busca da verdade compõe uma aspiração atrelada ao intelecto humano, pois é isto que o homem busca em toda e qualquer atividade que realiza, de modo que desde os antigos tempos romanos já se dizia que nada é mais doce do que a luz da verdade (*nihil est veritatis luce dulcius*).

Transpondo esta questão para a seara jurídica, mais precisamente para o campo processual, percebe-se que a busca da verdade constitui o elemento intermediário que une a reconstrução histórica dos fatos propiciada pelas provas carreadas nos autos de um processo e o dever imposto ao Estado de proceder a uma correta aplicação da lei e de prestar uma jurisdição justa às partes. Assim, descobrir a verdade seria oferecer conhecimentos capazes de convencer o julgador da existência ou inexistência de determinado fato.

Entretanto, resta a indagação: qual a concepção de “verdade” que se intenta buscar por meio do processo? De acordo com a moderna compreensão instrumentalista do processo, entende-se que este tem como finalidade maior servir de instrumento efetivo para a produção de uma decisão a mais justa e útil possível. Tal justiça é produzida através do convencimento do julgador de que a verdade foi atingida através da reconstrução dos fatos proporcionada pelas provas. Desta forma, falar em uma real promoção da justiça é falar em buscar a verdade. Neste diapasão, encontra-se a doutrina de Marinoni (2005, p. 250):

A idéia (ou o ideal) de verdade no processo exerce verdadeiro papel de controle da atividade do magistrado; é a busca incessante da verdade absoluta que legitima a função judicial e também serve de válvula regulatória de sua atividade, na medida em que a atuação do magistrado somente será legítima dentro dos parâmetros fixados pela verdade por ele reconstruída no processo.

No século passado, durante muitas décadas, a doutrina processualística entendeu que a busca da verdade por meio do processo possuía configuração distinta caso se tratasse de um processo civil ou de um processo penal. Naquele, predominaria o princípio denominado de verdade formal (ou convencional), isto é, a busca da verdade seria satisfeita com a reconstrução dos fatos promovida pelas provas e pelas manifestações exclusivamente levadas aos autos pelas partes, sendo que a participação do juiz na elucidação da verdade e na instrução probatória restaria praticamente inexistente, de forma que o dogma da verdade formal buscaria primeiramente a solução do litígio e o conseqüente restabelecimento da paz social, e não a descoberta da verdade real a respeito do caso *sub judice*.

Por outro lado, no processo penal haveria a prevalência da chamada verdade material (ou real). Isto implicava dizer que o juiz deveria proceder a busca da verdade com o propósito de ir ao encontro de um porto seguro e superior ao do território no qual assentava-se a verossimilhança fática, não devendo se contentar com presunções, ficções ou simplesmente com os elementos probatórios produzidos pelas partes. No entanto, tendo em vista que o Estado é detentor do *jus puniendi*, o princípio da verdade material foi abusivamente utilizado pelo Poder Público como esteio jurídico de validação para as mais diversas práticas probatórias e cujo emprego era sempre orientado pela nobre cruzada em busca da verdade substancial, ainda que tais provas se mostrassem ilegais ou imorais.

Atualmente, contudo, essa dicotomia “verdade real/processo penal *versus* verdade formal/processo civil” perdeu muito da sua força e importância em razão de dois fatos. Primeiro, verifica-se tanto na legislação processual penal quanto na processual civil a presença de vários dispositivos que comportam ambos os sentidos de verdade.

Ademais, sob um ponto de vista terminológico e filosófico, deve ser lembrada a lição de Dinamarco (1999, p. 318) de que a verdade, também a certeza, são conceitos que possuem natureza absoluta, de modo que nunca se terá garantia ou segurança de que elas foram substancialmente atingidas em um determinado processo, pois o máximo que se conseguirá alcançar será um grau muito elevado de probabilidade do conteúdo das normas, dos fatos apreciados no julgamento e da subsunção adequada destes.

Destarte, embora a verdade real ainda predomine no processo penal e a verdade formal no processo civil, não se admite que se fale mais hoje em uma verdade puramente material naquele ou uma puramente formal neste, e sim em uma verdade judicial processualmente válida em ambos. Se a verdade é um objetivo a ser alcançado no processo, não se pode mais contrapor a verdade material à verdade formal, inexistindo somente uma verdade, que é aquela que emerge de um procedimento desenvolvido em contraditório e baseado necessariamente em critérios de admissibilidade e exclusão de provas.

Daí pode-se dizer, então, que a certeza produzida pelas provas e a verdade emanada a partir destas, será sempre de natureza jurídica, ou seja, a verdade alcançada na esfera judicial será necessariamente uma verdade reconstruída e que levará em conta o nível de participação e de interesse dos atores processuais em carrear aos autos do processo os instrumentos probatórios adequados, pois a reconstrução dos fatos inarredavelmente sofrerá a influência das concepções e aspectos subjetivos das pessoas que os presenciaram ou daquela que há de apreciá-los e valorá-los, que neste último caso seria o juiz.

Esta tarefa reconstrutiva somente pode ser aproximada dada a impossibilidade de reproduzir os fatos ocorridos em todos os seus detalhes.

1.1 Sentido lógico e estrutura analítica da prova

Prova é uma palavra utilizada na linguagem jurídica em diversos sentidos. Os principais, reiteradamente citados pela doutrina são três: prova como meio; prova como atividade e prova como resultado.

A própria doutrina reconhece que a prova não é um fenômeno exclusivamente jurídico e sim do cotidiano humano, já que ela é o meio lógico através do qual se constrói o julgamento. Daí a compreensão da prova como processo mental por meio do qual se estabelecem as conclusões que decorrem de determinadas premissas.

Nesse diapasão é o ensinamento do ilustre Leal (2004, p. 181-182):

A prova é um conceito que se constitui da articulação entre as categorias do elemento de prova, meio de prova e do instrumento de prova, que constituem os aspectos de sua configuração teórica. Acaso não se verifique, no momento de produção da prova, a incidência dessas categorias, não se pode confirmar a configuração da mesma.

A categoria do elemento de prova refere-se aos dados da realidade objetiva, existentes na dimensão do espaço, concernente ao ato, fato, coisa ou pessoa, tal como um cadáver ou um elemento qualquer existente na faticidade, (LEAL, 2004, p. 178).

Um elemento de prova, por si só, não é prova e nem possui aptidão para contribuir na formação da *cognitio*, pois apenas após a obtenção deste elemento pelo meio de prova lícito e legal e de sua fixação nos autos do processo pelo instrumento de prova, é que se tem prova em sentido jurídico-processual, sendo que somente esta é idônea à formação da *cognitio*.

O meio de prova é a categoria que disciplina a obtenção dos elementos de prova. É por meio desta categoria que se realiza a captação/apreensão dos dados da realidade objetiva para a sua introdução no processo. O Código de Processo Penal Brasileiro, a partir de seu artigo 155 e seguintes, disciplina os aspectos gerais e os meios de prova atinentes ao processo penal. A legislação especial, em muitos casos, disciplina a regulamentação e formas de utilização dos meios de prova. Na busca pela certeza, a autoridade coletora das provas deverá ter o cuidado de colher a prova obedecendo aos limites dos meios de obtenção de prova legalmente permitidos.

Após a obtenção do elemento de prova por meio lícito e legalmente permitido tem-se, ainda, que fixá-lo nos autos do processo. É neste momento final onde o juiz aprecia as provas apresentadas, atribuindo a cada uma delas e de maneira livre a carga valorativa que achar conveniente, procedendo-se, por conseguinte, à motivação fundamentada do seu convencimento e da decisão a que chegou para solucionar o conflito. Esta fase consubstancia no mundo fenomênico a concreção efetiva e real do princípio do livre convencimento motivado, preceito este amplamente consagrado em nosso ordenamento jurídico.

1.2 Direito à prova

Antes de adentrar no assunto da admissibilidade das provas ilegítimas no processo penal, é necessário que se faça inicialmente uma rápida digressão acerca do direito de prova, sobretudo no âmbito do ordenamento jurídico pátrio.

A partir da Constituição Federal de 1988, o princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrou-se como uma garantia fundamental assegurada a todas as

peçoas graças a sua positivação expressa no inciso XXXV do artigo 5º. Desta feita, havendo um conflito de interesses, as partes envolvidas encontrar-se-ão revestidas do direito subjetivo de levarem à sua pretensão ao Judiciário com o intuito de obterem a apreciação, valoração e finalmente o julgamento do mérito da causa.

Contudo, a fim de que tal direito seja efetivado de maneira plena, é indispensável que esta provocação do poder jurisdicional seja acompanhada de meios ou instrumentos que demonstrem a veracidade do direito material alegado e a ocorrência dos fatos que ensejaram a violação de tal direito, de modo que o julgador forme o seu convencimento a respeito do teor da decisão que irá proferir. Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 348) assim lecionam:

Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta. Deduzindo sua pretensão em juízo, ao autor da demanda incumbe afirmar a ocorrência do fato que lhe serve de base, qualificando-o juridicamente e dessa afirmação extraindo as conseqüências jurídicas que resultam no seu pedido de tutela jurisdicional.

Estes elementos instrumentais são denominados provas. Será tomando por base as provas carreadas nos autos do processo que o juiz irá decidir a lide apresentada ao Poder Judiciário pelas partes, consubstanciado, assim, o clássico brocardo latino *“quod non est in actus non est in hoc mundo”* (o que não está nos autos não está no mundo). Mirabete (2003, p. 256) ensina que o ato de provar consiste em produzir, no entendimento e na inteligência do julgador, um determinado estado de certeza daquilo que deve ser decidido sobre o conflito que possui diante de si.

Desta forma, pode-se dizer que a prova é o centro em torno do qual orbita a atuação jurisdicional, visto ser ela o meio que instiga no espírito do julgador os

sentimentos de verdade e de certeza sobre aquilo em que deve recair o seu juízo valorativo e decisório. A finalidade precípua da instrução probatória é justamente o convencimento da razão do juiz, sendo este o seu destinatário imediato e direto.

Em decorrência dessa importância da prova no processo e no resultado produzido ao final deste – a decisão do Estado-juiz –, o legislador brasileiro concedeu aos jurisdicionados uma ampla variedade de instrumentos probatórios, que abrange tanto os meios expressamente previstos na lei, quanto aqueles que, embora não especificados no texto legal, são considerados moralmente legítimos para demonstrar a verdade dos fatos. É o que se depreende dos artigos 332 do Código de Processo Civil (*“todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”*) e 157 do Código de Processo Penal (*“o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”*). De modo que vigora hoje no Brasil o chamado sistema da prova livre. Todavia, deve ser ressaltado que esta liberdade probatória encontra-se limitada por normas de ordem principiológica da atual ordem constitucional, sendo o maior deles, sem sombra de dúvida, aquele insculpido no inciso LVI do art. 5º (*“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”*).

1.3 Objeto e ônus da prova

A matéria-prima da instrução probatória – ou *thema probandum* – é todo fato, circunstância ou alegação relevante do conflito de interesses levado a juízo e que

suscite dúvidas ou controvérsias que precisam ser dirimidas a fim de que o julgador possa adquirir o conhecimento necessário para emitir uma solução para a causa, ou seja, objeto da prova é aquilo que necessita ser demonstrado.

No Processo Civil, os fatos tidos como evidentes ou notórios não necessitam ser provados, posto que a evidência e a notoriedade já constituem, por si mesmas, a própria prova. Da mesma forma, os fatos incontroversos e os confessados pela parte terão a sua comprovação dispensada por lei. Entretanto, caso a lide integre a órbita penal, mesmo que confessado um determinado fato ou acontecimento, ainda assim o julgador deverá confrontar tal confissão com outros meios probatórios (art. 197 – CPP).

Marques (2003, p. 331) lembra que somente as questões de fato (*quaestiones facti*) devem ser provadas mediante o Poder Judiciário, haja vista que se presume que o juiz, no exercício da função jurisdicional, já deve conhecer o direito a ser aplicado (*jura novit curia*). Trata-se da consagrada lição romana que chegou até os tempos hodiernos: *da mihi factum dabo tibi jus* (dá-me o fato e dar-te-ei o direito). A exceção ao citado brocardo fica por conta do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, que necessitam ser objeto de prova pela parte que os alega.

Em sua origem, o termo “ônus” significa fardo, encargo ou peso, o que coaduna perfeitamente com o significado processual atribuído pela ciência jurídica àquela palavra. Para o Direito, o ônus da prova – ou *onus probandi* – consiste no encargo que as partes possuem de demonstrar judicialmente aquilo que alegam ou afirmam.

Esta é a doutrina de Capez (2005, p. 273):

A prova é indubitavelmente um ônus processual, na medida em que as partes provam em seu benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar a sua convicção. Ônus da prova é, pois, o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos.

O ônus de provar constitui uma posição jurídica de cunho eminentemente subjetivo para as partes em litígio, pois o não exercício do direito de prova (ou o seu exercício ineficiente) por uma delas não acarretará para esta nenhuma sanção de ordem material, penal, administrativa ou pecuniária, ou seja, ninguém se encontra obrigado a provar aquilo que afirma em sua postulação. Por esta razão, Rangel (2004, p. 448) defende que a natureza jurídica do *onus probandi* é de mera faculdade ou liberdade jurídica, e não de direito subjetivo, haja vista não possuir aquela uma obrigação correspondente.

No entanto, visto se tratar de um ônus que a parte possui consigo mesma, esta deverá assumir os riscos da sua inércia probatória, suportando, assim, os efeitos de uma eventual decisão judicial contrária aos interesses que postulou em juízo e que seja resultante de sua inação. Esta é a consequência que se extrai da clássica máxima romana: *allegatio et non probatio, quasi non allegatio* (quem alega e não prova, se mostra como se estivesse calado ou nada alegasse).

No diploma processual penal vigente no Brasil, o *onus probandi* é devido à parte que o alega, nada impedindo que o juiz, antes de prolatar a sentença e de ofício, determine diligências para dirimir as suas dúvidas a respeito de ponto relevante.

1.4 Provas ilícitas e provas ilegítimas.

A prova, para servir de sustentáculo a uma decisão judicial, há de ser obtida por meios lícitos, que não contrariem a moral e os bons costumes e que esteja dentro dos limites éticos do homem. Descobrir a verdade dos fatos ocorridos é

função do Estado, mas isso não pode ser feito a qualquer custo. Na mesma esteira é a lição do ilustre Marques (2.000, p. 353-354).

Limitações várias, decorrentes dos princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana, impedem que, para a procura da verdade, lancem-se mão de meios condenáveis e iníquos de investigação e prova, além de outros fundados em superstições, credices ou práticas não mais consagradas pela ciência processual.

Assim, devem ser banidos da investigação criminal a tortura, as brutalidades e todo atentado violento à integridade corporal. O mesmo se diga do que se denomina, com eufemismo, de torturas ilícitas, como *the third degree* da polícia americana ou os interrogatórios fatigantes, penosos e exaustivos. Igualmente condenáveis são os procedimentos desleais, como por exemplo, a captação de clandestina de telefonemas, o emprego de microfones dissimulados e do registro, em aparelhos eletrônicos, de conversações íntimas.

Dentre as provas vedadas, proibidas ou inadmissíveis segundo, é costume da doutrina dividir as “provas ilegais” em duas espécies: “ilícitas” e “ilegítimas”. De acordo com o art. 5º, inc. LVI da Carta Constitucional, as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo.

As provas ilícitas são aquelas cuja obtenção viola princípios constitucionais ou preceitos legais de natureza material, tendo como exemplo, uma prova obtida por meio de tortura. O tema das provas ilícitas tem total afinidade com o dos direitos fundamentais inerentes à pessoa. As regras que disciplinam a obtenção da prova são, evidentemente, voltadas para os órgãos persecutórios do Estado, que não podem conquistar nenhuma prova violando as limitações constitucionais e legais existentes.

Por outro lado, quando a norma afrontada tiver natureza processual, a prova vedada será chamada de ilegítima. Havendo produção de uma prova ilegítima, haverá sanção prevista na própria lei processual, podendo ser decretada a nulidade da mesma, conforme se infere do artigo 564, IV, do Código de Processo Penal. Por outro lado, as provas obtidas com violação ao direito material são inadmissíveis no processo a teor da regra constitucional inserta no inciso LVI do artigo 5º da CF/88.

Significativa diferença entre provas ilícitas e ilegítimas está no momento da sua violação. Nas provas ilícitas, a transgressão à lei ocorre no momento da sua violação. Já, na prova ilegítima, tal violação ocorre no momento de sua colheita, de sua produção, de forma externa ao processo, podendo ser anterior ou concomitante a este.

Outra diferença bastante significativa é a sanção a ser aplicada. A sanção a ser aplicada às provas ilegítimas é prevista pela própria lei processual. Daí poder dizer que tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente para cada transgressão e que pode ser a sanção de nulidade.

Diversa é a sanção para a prova ilícita. Nada mais justo do que o próprio direito material estabelecer a sanção quando verificar que uma norma de direito material fora transgredida. Nestes casos, haverá a aplicação de sanções penais para o infrator.

Quanto ao momento de transgressão, enquanto na prova ilegítima a transgressão ocorre no momento da sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da sua colheita, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre externo a este.

CAPITULO 2 - CONCEITO, EVOLUÇÃO NORMATIVA E PRINCÍPIOS REGENTES DO PROCESSO PENAL.

Dentro da problemática que se pretende abordar, é crível que se faça uma incursão, ainda que breve, nos princípios que norteiam o processo penal brasileiro. Seguindo a linha de raciocínio utilizada pela Constituição Federal, o processo penal moderno deve utilizar-se de meios que possibilitem a mitigação do absolutismo legal. Um processo penal que siga à risca os ditames legais não é sinônimo de processo eficaz. O que a política processual atual quer é que o processo funcione como um instrumento apto a produzir a justiça que a sociedade considera como ideal.

Questão relevante que se tenta mostrar no presente trabalho é a utilização dos princípios como meio apto a produzir a solução mais justa pelo julgador, eliminando, assim, a legalidade excessiva que, na maioria dos casos, não revela os ditames sociais prevalentes. Prestação jurisdicional efetiva significa produzir um processo que assegure a fiel observância das garantias fundamentais do indivíduo e ao mesmo tempo supra as expectativas sociais.

Nesse contexto, os princípios funcionam como elementos que dão suporte e alicerce à regra e que o jurista muito se utiliza para a construção da norma jurídica. Os princípios não devem ser considerados como meros coadjuvantes na aplicação da lei, mas sim como normas que apesar de serem gerais, sirvam de instrumento eficaz para essa aplicação, garantindo o devido processo legal.

2.1 Conceito de princípio

Nos dias atuais, qualquer discussão a ser feita sobre direito processual penal, mormente no que tange ao devido processo legal, apenas irá lograr algum êxito se antes forem estabelecidos os limites conceituais e epistemológicos dos chamados *princípios jurídicos*. Tal fato se dá em razão dos enormes avanços obtidos no ramo da hermenêutica das normas constitucionais referentes ao processo e da aplicabilidade destas.

O vocábulo princípio designa Início, começo, causa primária, razão, base, norma preceito. O princípio conceitua-se como um pensamento chave, a idéia mestra, o norte donde todos os demais conceitos, idéias ou normas se originam se subordinam e/ou se dirigem.

Segundo Humberto Ávila (2006, p. 31):

A palavra princípio é utilizada em vários ramos do conhecimento humano, dentre eles o direito, a filosofia, a matemática, e serve para designar as estruturas de um sistema formado pelo conhecimento produzido a partir da análise e investigação do objeto de estudo de cada uma dessas áreas.

Dentro do Direito, a definição de princípio jurídico ainda se encontra muito vaga e relativa, podendo levar a muitos significados. Ora pode significar um tipo de norma jurídica, ora pode servir para estabelecer postulados jurídicos, ora pode significar algum conceito dogmático sobre o Direito posto. Há uma imprecisão a respeito de qual significado de Direito o conceito acima está se referindo, podendo tal polissemia gerar uma confusão na dogmática e na prática jurídica. A solução desta imprecisão de conceitos está intimamente relacionada com a questão da normatividade dos princípios jurídicos, com o processo de evolução normativa

através dos quais estes passaram e com o delineamento da natureza jurídica destes. Neste sentido, é a lição de Ávila (2006, p. 39):

O princípio jurídico pode ser definido como o pensamento que dirige, domina e serve de base para a formulação das disposições singulares de Direito Positivo. São normas de caráter geral que formam as bases do ordenamento jurídico e que servem também com instrumento de integralização da regra jurídica.

Destarte, a regra é especial em relação ao princípio, pois ela é editada para reger tão-somente uma situação jurídica determinada. O princípio, por sua vez é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações. Esta definição de Boulanger (*apud* Bonavides 2004, p. 267), apesar de oportuna, ainda destituía os princípios do caráter normativo.

2.2 Evolução normativa

Interessante é a explanação acerca da evolução normativa dos princípios jurídicos, uma vez que esses de forma lenta e progressiva conseguiram alcançar um status de normas-chave do ordenamento jurídico entendido de forma sistêmica.

Bonavides (2004, p. 265) afirma que somente em 1952 a idéia de normatividade dos princípios jurídicos foi proposta pela primeira vez. O ilustre Vizio Crisafulli (*apud* Bonavides 2004, p. 266) dizia que:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém

Com isso, o autor mostra que o princípio é uma norma jurídica originária e de caráter geral, que dá suporte à formação de outras normas jurídicas consideradas como subordinadas. Estas normas subordinadas resumiriam o conteúdo dos princípios, além de especificá-los quando da sua aplicação ao caso concreto. A norma subordinada carregaria o material genético do princípio que serviu de base para a sua formação.

Apesar de atualmente haver amplo consenso em torno do caráter normativo dos princípios jurídicos, a inserção desta característica normativa foi de certa forma lenta e progressiva. Esta evolução normativa foi conseguida através de um processo que envolveu três grandes correntes do Direito: o jusnaturalismo, o juspositivismo e recentemente o pós-positivismo.

O jusnaturalismo tratava os princípios como elementos abstratos e considerava-os como inspiradores de um ideal de justiça, definido-se como axiomas jurídicos estabelecidos pela verdadeira razão e que resultava em uma aplicabilidade normativa praticamente inexistente ou nula. Os princípios decorriam dos teores éticos e valorativos da sociedade.

O juspositivismo via os princípios como fontes normativas secundárias dos Códigos e conseqüentemente só poderiam ser utilizados como elementos de segurança que completavam as leis, sendo inferiores e posteriores a elas. Tal corrente atribuiu aos princípios um alto grau de programaticidade, tornando o seu caráter normativo totalmente irrelevante, ou seja, os princípios eram colocados como

um soldado de reserva em relação à lei, sendo utilizados somente quando a lei por si só não fosse capaz de ser aplicada ao caso concreto.

Só com o pós-positivismo os princípios foram tratados como fundamento axiológico e normativo do ordenamento jurídico. Nesse período, os princípios atingiram o seu apogeu normativo, evoluindo de meros preceitos integradores do Direito para autênticas espécies de normas dotadas de vigência, eficácia e vinculação jurídica.

Segundo Ávila (2006, p. 36), Dworkin e Alexy contribuíram de forma ampla para a que discussão acerca da natureza jurídica dos princípios tomasse significativa proporção na seara jurídica. Para o supracitado autor, Dworkin fez fortes críticas à forma subsidiária como o positivismo aplicava os princípios no ordenamento jurídico, como também àquelas doutrinas que ensinavam que as decisões judiciais deveriam ser fundamentadas apenas na lei. Ademais, criou um critério de distinção entre princípios e regras baseado na aplicação de cada uma destas normas ao caso concreto.

Para Dworkin (*apud* Humberto Ávila 2006, p. 37), as regras são aplicadas de acordo com a lógica do tudo ou nada, de forma que, ou as regras são válidas e aplicadas integralmente diante do caso concreto (tudo), ou são inválidas e não aplicadas de modo absoluto (nada). Por outro lado, o modo “tudo ou nada” é totalmente inaplicável aos princípios. Isso ocorre devido o fato de os princípios possuírem inseparável dimensão de peso ou importância de valor que se externará quando ocorrer o conflito de dois ou mais princípios diante de um fato, onde o princípio com maior importância valorativa se sobreporá aos demais, sem, contudo, estes perderem a sua validade. Ademais, a capacidade normativa dos princípios somente se manifestaria plenamente quando eles servissem de fundamento

argumentativo para a criação de uma norma individual e concreta, diante dos casos difíceis.

Depreende-se da leitura acima que, quando há o conflito entre regras, este deve ser resolvido de forma que, se as regras forem válidas, a resposta dada por ela ao caso concreto deve ser aceita. Do contrário, se a regra for inválida, ela em nada contribui para a decisão.

Alexy (*apud* Humberto Ávila 2006, p. 38), avançando na teoria elaborada por Dworkin, entendia que os princípios jurídicos se aplicavam a todo e qualquer caso levado à apreciação do Direito, e não tão-somente aos casos difíceis.

A partir do critério gradualista-qualitativo, Alexy (*apud* Ávila 2006, p. 38) ensinou que: “os princípios seriam mandatos de otimização que poderiam ser cumpridos em diferentes graus e de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas e dependentes de ponderações a serem procedidas no momento de sua aplicação”.

Assim, as possibilidades jurídicas seriam determinadas pelos princípios e regras opostos. Observa-se, ademais, que os princípios atuariam como instrumentos que melhorariam a aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto, sendo que essa aplicação seria regrada de acordo com o que dispusessem as regras e os princípios contraditórios. No entanto, as regras seriam normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, ela deve ser cumprida exatamente da forma que ela exige, nem mais nem menos. Isto significa que a distinção entre regras e princípios é qualitativa e não de grau.

Verifica-se que a distinção entre regras e princípios, de acordo com o critério gradual e qualitativo, pode ser quanto à colisão ou quanto à obrigação que instituem. Quanto à colisão, os princípios colidentes têm somente a sua realização normativa

limitada por outros princípios, ao contrário das regras que reclamam a declaração de invalidade de uma delas ou a criação de exceção que elimine a antinomia.

Conseqüência significativa do processo de normatização dos princípios jurídicos é a inserção destes no âmbito das constituições contemporâneas, seja expressamente ou através da construção hermenêutica do sistema constitucional.

Somente com o pós-positivismo que os princípios foram alçados à categoria de normas-chaves do ordenamento jurídico, pois através deles que se constrói uma unidade sistêmica. Por essa razão, Bonavides (2004, p. 288) afirmou que “os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo”.

Essa normatização atribuída aos princípios é sem dúvida, fenômeno apto a ser condizente com a ideologia social a que se aplica tal princípio, visto que esses comandos de otimização dão o suporte necessário para que as decisões judiciais sejam condizentes com o que a sociedade espera e que a lei sozinha não teria o condão de realizar.

Resultado da normatização dos princípios jurídicos foi a criação do denominado Estado principiológico. Os princípios constitucionais espelham a ideologia da sociedade, seus preceitos básicos e seus fins precípuos, além de corroborarem a idéia de Constituição como ordem fundamental e jurídica da sociedade, compondo o alicerce de construção do Estado Democrático de Direito.

O estado principiológico, sem dúvida, espelha as diretrizes fundamentais que constroem a sociedade. As relações de vida que formam o complexo social são a fonte de onde se originam os princípios. Tais princípios, carregados pela experiência de viver em sociedade, dão o alicerce para a construção das regras que porventura irão reger o complexo de relações entre os indivíduos, formando uma cadeia integrada por relações sociais, princípios e regras.

A mais importante mudança experimentada pelo constitucionalismo moderno foi, sem dúvida, o reconhecimento da valoração objetiva dos princípios jurídicos. Este fenômeno está atrelado à idéia de considerar a constituição como ordem jurídica fundamental da sociedade como também considerá-la como a ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

No mesmo compasso é o magistério de Barroso (*apud* Bonavides 2004, p. 151, 154), a respeito dos princípios constitucionais:

Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que costumam suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem seguidos.[...] aos princípios se reserva a função de ser o fio condutor dos diferentes segmentos do Texto Constitucional, dando unidade ao sistema normativo.

Em razão do contexto principiológico dos modernos ordenamentos jurídicos, a violação ou o não cumprimento de um princípio esculpido no sistema constitucional passou a ser a mais reprovável forma de corrupção dos valores e objetivos eleitos por uma sociedade como supremos. Assim, a ofensa ao princípio implica a transgressão a todo o sistema de comandos. A partir daí, observa-se a idéia de unidade sistêmica do ordenamento jurídico, já citada anteriormente. A consequência desse entendimento resulta em equiparar a importância do princípio com a importância da regra em relação ao ordenamento jurídico como um todo.

2.3 Princípios regentes do Processo Penal.

O processo penal, como instrumento de busca da verdade real, deve estar pautado sob os regramentos incursos na Constituição Federal. Seguindo a linha de pensamento que considera o ordenamento jurídico um conjunto sistêmico, tem-se o processo como instrumento apto a garantir a efetividade da prestação jurisdicional sem perder de vista a garantia contra as arbitrariedades estatais.

Nessa perspectiva, os princípios que oxigenam o processo penal são fundamentais para a busca da verdade real e encontram respaldo na própria Constituição Federal. Na verdade, o julgador para aplicar a norma jurídica necessita não só dos princípios constitucionais expressos, como também dos princípios constitucionais decorrentes do sistema constitucional, que são também chamados de infraconstitucionais.

Alguns princípios do Direito Processual Penal, intrinsecamente relacionados com o tema do uso das provas ilegítimas merecem aqui serem destacados por muitas vezes justificarem a mitigação da vedação de admissibilidade das provas ilegítimas. São eles: a instrumentalidade das formas, economia processual, razoabilidade e proporcionalidade.

2.3.1 Princípio da economia processual:

Esse princípio consagra que os atos processuais devem buscar a maior efetividade do processo penal, através do menor número de atos processuais possível. A procrastinação do processo com infundadas razões pode ser abrigo de injustiças tanto para a vítima quanto para o imputado, o que não se coaduna com o que a sociedade espera.

Muito embora a economia seja sinônimo de celeridade processual, é necessário que a celeridade não se afaste da qualidade na prestação jurisdicional, pois as garantias fundamentais do imputado devem ser observada. Merece destaque a lição do doutrinador Távora (2008, p. 56):

Deve-se lembrar, contudo, que a celeridade a desbravar os matizes arcaicos da persecução penal deve exigir do legislador ordinário um enfrentamento racional e equilibrado da estrutura procedimental, eliminando-se expedientes de cunho meramente procrastinatório, mas jamais se distanciando das garantias fundamentais do processo ético e provido de ferramentas que impliquem em segurança ao imputado.

Assim, o Processo Penal deve se concentrar em um menor número possível de atos processuais, sem contudo, se descuidar das garantias fundamentais do indivíduo. Desnecessidade de repetições de provas já produzidas, mesmo que ferindo um procedimento, é exemplo que condiz com o que esse princípio assegura.

2.3.2 Princípio da Proporcionalidade.

Implicitamente calcado na Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade é tido por muitos doutrinadores como um importante meio de proteção da liberdade na ordem constitucional atual. Valiosa é a lição de Bonavides (*apud* Pacheco 2008, p. 124,125):

Chegamos, por conseguinte, ao advento de um novo Estado de Direito, à plenitude da constitucionalidade material. Sem o princípio da proporcionalidade, aquela constitucionalidade ficaria privada do instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis e eventuais excessos perpetrados com o preenchimento do espaço aberto pela Constituição ao legislador para atuar formulativamente no domínio das reservas da lei.

Com essas palavras o autor quis ressaltar a importância que têm os direitos fundamentais atualmente, face ao poder do Estado. Esses direitos tidos por fundamentais muitas vezes são mitigados por excessos perpetrados pela lei, quando de sua aplicação ao caso concreto. Urge necessário mostrar o papel do princípio da proporcionalidade e sua importância para os direitos fundamentais.

Esse princípio é uma adequação lógica do caráter jurídico da Constituição como norma rígida superior. Sua finalidade é de servir como uma carga argumentativa dos direitos, sejam eles de natureza fundamental ou não. Serve também para estruturar e aplicar os postulados normativos que impliquem em intervenção de direitos fundamentais.

A proporcionalidade subdivide-se ainda em outros subprincípios. São eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Pela adequação, toda intervenção nos direitos fundamentais deve ser idônea a obter um fim constitucionalmente legítimo. A necessidade exige a utilização de um meio que menos interfira no direito fundamental, sem entrar na questão de adequação entre os meios e os fins. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, analisa se o fim perseguido pela intervenção judicial é tão importante quanto à intervenção ao direito fundamental.

Desta forma, o princípio da proporcionalidade serve de alicerce para que o juiz analise o caso concreto e faça uma ponderação de valores entre os bens

jurídicos conflitantes, a fim de que se possa determinar a possibilidade de se utilizar a prova ilegítima.

2.3.3 Princípio da razoabilidade.

Esse princípio jurídico assevera que o juiz ao proferir a sua decisão deve levar em consideração as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos, pois a razoabilidade traduz uma condição material para a aplicação individual da justiça. A razoabilidade utiliza-se da ponderação entre outros princípios para buscar a solução mais justa para a causa, ou seja aquela condizente com a realidade.

Nesse diapasão vale mencionar o ensinamento de Tathiana de Melo Lessa Amorim (2008):

Logo, a razoabilidade formulada como princípio jurídico ou como diretriz de interpretação das leis é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do direito. Ademais, o dever de se pautar no princípio da razoabilidade está sem se ater ao meio escolhido, meios estes adequados, necessários e não excessivos. Sendo assim, a medida a ser adotada deve ser condizente para atingir o fim constitucionalmente instituído, que é o devido processo legal substantivo, contemplado no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal.

Da leitura, infere-se que a razoabilidade tem o papel de princípio jurídico que atua na interpretação das leis combatendo o apego ao formalismo vazio que tira a idéia do fim colimado pelo direito. Ademais, o devido processo legal não se contenta com meios excessivos que não satisfazem a sua função constitucionalmente

atribuída. A razoabilidade, juntamente com os demais princípios citados, combate o denominado formalismo vazio que não atinge o fim da norma em si.

2.3.4 Princípio da instrumentalidade das formas.

Com a autonomia do processo e o surgimento de vários institutos processuais, começou-se a entender que estes institutos só poderiam ser utilizados se eles adotassem uma forma que os fizesse funcionar. As formas passaram a ser o meio de lograr a finalidade de tais institutos concedendo, assim, excoutoriedade aos atos processuais. As formas foram sendo criadas para proporcionar às partes a segurança jurídica e a previsibilidade acerca das conseqüências processuais pela não realização do ato jurídico.

Essa formalidade, diga-se de passagem, não pode ser entendida de forma absoluta, sendo mitigada em virtude do atingimento da finalidade do ato processual. Destarte, se um ato processual for praticado inobservando a forma prescrita em lei, e mesmo assim atingir a sua finalidade, não resta outra alternativa senão considerar esse ato processual como válido. Seguindo essa idéia, vale ressaltar o ensinamento de Dinamarco (*apud* Pacheco 2008, p. 120):

O processo não é um fim em si mesmo, mas um meio ou instrumento para que a jurisdição possa alcançar seus diversos escopos ou finalidades. Há escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento), além do meramente jurídico (atuação da 'vontade' concreta do direito

O autor enfoca as finalidades que possui o processo, que são a proteção de interesses e o atingimento de determinado fim. Essas finalidades podem ser atingidas sem que haja o formalismo exacerbado do processo e de seus atos processuais. Se determinado ato processual não cumpriu as formalidades a ele inerentes, mas atingiu o seu fim a decretação de invalidade deve ser afastada. Isso se deve também ao fato de se analisar o ato processual não só frente à regra que o disciplina, mas frente ao conjunto sistêmico de normas que é o ordenamento jurídico que segue as perspectivas do Estado Democrático de Direito.

Necessário se faz demonstrar a diferença entre instrumentalidade das formas e instrumentalidade do processo penal. Pelo princípio da instrumentalidade processual, o processo penal serve para a aplicação do direito material previsto no Código Penal e sua função é de aplicar a pena e ao mesmo garantir a liberdade. Nota-se que o princípio da instrumentalidade do processo penal se divide na perspectiva libertária (garantista) e punitiva. A perspectiva libertária tende a assegurar a fiel observância da garantia dos direitos fundamentais em relação às pessoas sujeitas à persecução penal, incluindo também os direitos fundamentais do investigado, do réu, ofendidos, testemunhas e peritos. Vê-se, pois, que para o processo atingir a sua finalidade é necessário que garanta a liberdade e realize a aplicação da lei penal.

A instrumentalidade do processo penal reside no fato de a norma penal apresentar como conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a sanção para ser aplicada depende do devido processo penal prévio. A instrumentalidade das formas, por sua vez, assegura que o ato processual, mesmo praticado de outra forma, reputar-se-á válido se atingir a sua finalidade. A instrumentalidade das formas é corolário do Estado Democrático de Direito e busca

mitigar o formalismo apregoado à norma, de tal sorte que, o fim buscado pela norma seja apto a eliminar a nulidade do ato processual que fora praticado com descumprimento à forma.

A forma não pode ser vista como um obstáculo insuperável, pois o processo não é um complexo de formalidades inflexíveis, mas sim um instrumento destinado a conseguir solucionar um conflito de interesses. Não tem justificativa alguma declarar nulo um ato inócuo, sem qualquer influência no deslinde da causa, apenas por excessivo apego ao formalismo. O artigo 572, II do CPP reforça tal idéia ao dispor que certas irregularidades serão relevadas, "se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim".

A redação do artigo permite presumir que, ainda que a forma do ato processual seja tida como um meio que possibilite a segurança jurídica, a forma não pode servir de obstáculo na busca pela verdade real. Destarte, no que concerne às provas, não pode ser diferente, até porque não há como se conceber que o princípio tenha validade, aplicabilidade apenas em alguns atos processuais. As provas tidas por ilegítimas podem muito bem servir de supedâneo a uma decisão judicial. O mero desrespeito à forma não pode servir de fundamento à decretação de nulidade de um ato processual que atendeu aos anseios sociais.

CAPITULO 3 SITUAÇÃO ATUAL DA PROVA ILEGÍTIMA FRENTE À INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Em decorrência da reforma do processo penal o sistema de provas sofreu intensas modificações quanto à sua estruturação. A nova redação do art. 157 do Código de Processo Penal deu margem a inúmeros entendimentos acerca da possibilidade de utilização das provas ilegítimas.

3.1 Considerações acerca da prova ilegítima após as alterações do CPP

A alteração provocada pela lei 11690/08, veio a tornar mais efetivo o comando constitucional que trata do tema das provas ilícitas. O art. 5º, LVI da Constituição Federal proclama a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Como já frisado anteriormente, as provas ilícitas são aquelas obtidas com violação das normas constitucionais ou legais. As provas ilegítimas são aquelas obtidas com infração a direito processual, adjetivo ou formal.

A nova redação dada ao artigo 157 do CPP deu um maior enfoque ao polêmico tema da inadmissibilidade e do destino das provas ilícitas no processo penal. Ademais, a reforma trouxe para o dispositivo uma definição de provas ilícitas, que são “assim entendidas as obtidas com violação a normas constitucionais ou legais”.

Pela leitura desavisada da nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal poderia concluir-se que a previsão legal contida no artigo se limitaria apenas às provas ilícitas, não sendo abrangidas as provas ilegítimas.

Doutrinariamente, muito se discutiu se o comando constitucional, agora ratificado pela lei processual penal, fazia referência somente às provas ilícitas, ou também se referia às provas ilegítimas. Parte minoritária da doutrina posicionou-se pela interpretação restritiva do texto constitucional, de sorte que somente seriam abrangidas pela inadmissibilidade as provas tidas por ilícitas. Comungava desse entendimento Mossin (2005, p. 166). Para o autor, "as provas ilegítimas teriam a sua nulidade reconhecida de acordo com a sua infração formal cometida, seguindo o disposto no art. 564 do CPP".

A parte majoritária da doutrina entendia que deveria haver uma interpretação ampliativa do comando constitucional, de forma que seriam inadmissíveis no processo tanto as provas obtidas por meios ilícitos quanto às produzidas a partir de meios ilegítimos. Pietro Nuvolone (*apud* Eduardo Luiz Santos Cabette, 2008), afirma que as provas ilícitas e ilegítimas são espécies de provas vedadas, o que equivale a uma opção tácita pela inadmissibilidade de ambas em consonância com o texto constitucional pátrio.

No mesmo sentido é o ensinamento de Ramos (2008):

A maior parte da doutrina vem se posicionando neste sentido, ao estatuir a inadmissibilidade processual da prova ilícita, e isso se deve, ao menos em parte, por ser o conceito de ilicitude uno, incindível e indivisível, razão pela qual, existente um ilícito material, não pode o mesmo, sob o prisma processual, ser tido por indiferente.

Com esses entendimentos, os autores demonstram que as provas ilegítimas e as ilícitas equiparam-se quando o assunto é a ilegalidade. Destarte, as provas ilícitas e as ilegítimas terão o mesmo regramento quando não puderem ser aproveitadas, que no caso é o desentranhamento do processo. Do contrário, quando as provas ilícitas e ilegítimas puderem ser aproveitadas pelo julgador o seu desentranhamento torna-se inadequado.

3.2 Situação atual da prova ilegítima frente ao processo penal

Superada a questão da equiparação entre as provas ilícitas e ilegítimas para fins de utilização no processo, se faz necessária uma explanação acerca da utilização das provas ilegítimas no processo penal.

É de se observar que os direitos e garantias do homem não podem ser entendidos de forma absoluta. O princípio da conveniência das liberdades deve ser respeitado e utilizado de forma que a ordem pública e as premissas alheias não possam ser prejudicadas. Canotilho (*apud* Capez 2007, p. 525), assim leciona: “De um modo geral, considera-se inexistir uma colisão entre direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental de outro titular.”

A doutrina e a jurisprudência pátrias sempre se posicionaram com opiniões e decisões divergentes no que tange à possibilidade de utilização de provas obtidas por meios ilegais. É certo que ambas já adotam o posicionamento de utilizar as

provas ilegítimas quando para salvaguardar interesses dos acusados. Em especial, a jurisprudência do Egrégio Tribunal do Rio de Janeiro:

VIOLAÇÃO DE SEPULTURA. PROVA PRECÁRIA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. Violação de sepultura e destruição de cadáver. Investigação precedida no âmbito do Ministério Público. Prova ilegítima. Denúncia ofertada por Promotor que funcionou como Delegado de Polícia. Impossibilidade. Nulidade não declarada. Decisão de mérito favorável aos apelados. Absolvição mantida. (...)

(...) Embora manifesta a nulidade do processo, desde o início, tanto pela ilegitimidade da prova quanto pelo impedimento do Promotor que subscreveu a denúncia, deixa-se de declará-la porque, no mérito a decisão é favorável aos apelados, posto que contaminaria a prova judicial por derivação, nenhuma outra existe capaz de desautorizar as versões apresentadas nos interrogatórios, das quais emerge a certeza de que atuaram por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, situação que afasta o dolo indispensável à configuração dos tipos que se lhes imputou na vestibular acusatória Recurso improvido. (Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Ricardo Bustamante, julgado em 21.07.2003)

Observando o julgado, constata-se que a nulidade restou sanada em decorrência de a prova obtida por meio ilegítimo ser favorável aos acusados. Tal fato homenageia os princípios da instrumentalidade das formas e do interesse processual. Assim, muito embora, a lei processual exista para ser observada pelos sujeitos processuais, é de se admitir que a sanatória da nulidade deve ocorrer quando, em benefício da defesa, o ato tiver atingido a sua finalidade, ainda que em desconformidade com o preceito processual. O caso concreto deverá ser analisado pelo julgador para aferir se aquela nulidade terá que ser ou não declarada.

Outra parte da doutrina que admite o uso das provas ilegítimas argumenta que diante do caso concreto o aplicador do direito deve se utilizar de critérios variados que ajudem na ponderação entre os interesses envolvidos e dê subsídio para o julgador optar, fundamentadamente, pela admissão ou não da prova tida por ilegítima. Consoante com tal entendimento, já se manifestou Grinover (*apud* Cabette, 2008) “Deixa-se em aberto a aplicabilidade, ou não, do princípio da

proporcionalidade, que no Brasil ainda carece ser mais trabalhado pela doutrina e pela jurisprudência (...)"

Cuida-se, desta forma, de questão que demanda a análise no caso concreto da proporcionalidade entre a norma infringida e os valores que a produção da prova possa proteger por intermédio do processo. Permite-se que a proibição do uso das provas ilegítimas seja abrandada para admitir a produção da prova viciada em caráter excepcional e em casos extremamente graves, desde que a sua obtenção e admissão possa ser considerada como a única forma possível e razoável de proteção de outros valores fundamentais considerados mais urgentes.

Segundo essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilegítimos é um acontecimento relativo, que permite, em caráter excepcional e em casos extremamente graves, a utilização da prova ilícita sempre que, estando em jogo dois direitos fundamentais, se pretenda proteger direito mais importante ou que tenha uma valoração maior atribuída pelo ordenamento positivo em detrimento do outro direito que se está a transpor.

Deve-se fazer uso do princípio do equilíbrio dos valores contrastantes, pelo qual estando em afronta direitos constitucionalmente protegidos, proteger-se-á aquele de maior interesse ou de maior relevância para o ordenamento jurídico, de modo a harmonizar a aparente oposição entre eles, de acordo com a própria teoria da proporcionalidade.

Muito embora essa margem dada ao julgador na avaliação do caso sob exame possa gerar um subjetivismo prejudicial, a verdade é que o julgador deve tomar por base alguns critérios balizadores. Ademais, é necessário que a aplicação do princípio da proporcionalidade só se dê em casos onde a vantagem de sua aplicação supere a desvantagem de sua não aplicação. Como leciona Ada Pellegrini

(2000, p. 34), “a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais ou a terceiros.”

Um desdobramento mais radical da corrente que se posiciona pela admissibilidade de tais provas, argumenta que as provas ilegítimas não podem ser afastadas do processo, a não ser quando a própria lei assim o ordenar. É necessário, ainda, que a prova seja ao mesmo tempo ilícita e ilegítima. Ademais, o problema da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova não diz respeito ao modo como ela foi obtida, basta apenas que ela seja consentida a fazer parte do processo pela *lei in abstracto*, pouco importando os meios para a sua obtenção. Segundo Fernando Almeida Pedroso (*apud* Gil Barbosa 2007), o fim precípua do processo é a descoberta da verdade real e, se a prova ilegítima obtiver essa verdade, que seja ela admissível. Diante do contexto que se estabeleceu após a recente reforma processual penal, essa discussão se torna ultrapassada, tendo em vista que a polêmica de distinção entre provas ilícitas e ilegítimas é apenas doutrinária, e como já demonstrado não há fundamento suficiente para a manutenção da distinção.

Outra vertente da corrente que admite o uso das provas ilegítimas, trata da teoria que admite o uso da prova ilegítima *pro reo*, que argumenta ser admissível, em matéria penal, a prova que seja favorável ao acusado em obediência ao princípio do *favor rei* e do direito de defesa do mesmo. Essa teoria suaviza o rigorismo da não aceitação incondicional das provas ilegais. A situação justificadora da utilização de tais tipos de prova funciona como estado de necessidade, que como se sabe, é uma das causas de exclusão de antijuridicidade e que serve como instrumento apto a mitigar a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilegítimos. Comunga desse entendimento Capez (2007, p. 527):

De fato, a tendência na doutrina pátria é a de acolher essa teoria, para favorecer o acusado (a chamada prova ilícita *pro reo*), em face do princípio do *favor rei*, admitindo sejam utilizadas no processo penal as provas ilícitamente colhidas, desde que em benefício da defesa.

A segunda corrente trata da inadmissibilidade das provas ilegítimas. Sustenta esta corrente que toda e qualquer prova obtida por meios ilegais deve ser de plano rejeitada. Ada Pellegrini (2000, p. 31) afirma que, nesses casos, há o que ela denomina de "atipicidade constitucional", que seria a desconformidade com o padrão do tipo previsto pela Carta Constitucional. Isso se dá ao fato de que os preceitos constitucionais afetos ao processo têm estrutura de garantias e a contrariedade a tais garantias acarreta sempre a ineficácia do ato processual, ou por meio de nulidade absoluta ou por meio de nulidade relativa.

Essa teoria não merece ser utilizada, haja vista que a análise do caso concreto é quem evidencia quais os ditames que irão influir na decisão judicial. As peculiaridades do caso servem como embasamento fático para o julgador aplicar a norma e chegar mais próximo da verdade real. Também, a ponderação dos valores em jogo e os princípios correlatos ao princípio da instrumentalidade das formas são a válvula de escape para a resolução da ilegitimidade. Mister se fazem as palavras de Ramos (2008) acerca da inadmissibilidade das provas ilegais:

Ao que tudo indica, porém, também este não se reveste do melhor posicionamento a ser defendido, eis que o intérprete ou aplicador da lei deve, ante a concretude do caso, ponderar os valores em jogo e verificar se é mesmo preferível que um crime fique impune a outorgar eficácia à prova que o desvendou, quando esta tiver sido colhida com infringência à norma de direito material ou processual.

Conforme já dito, essa consequência deriva necessariamente da tutela constitucional que regula a situação jurídica dos acusados em processo penal e que

exclui de modo decisivo a possibilidade de uso da prova cuja ilegitimidade venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

3.3 Mitigação do Rigorismo Formal

Vive-se atualmente em um Estado Democrático de Direito onde o ordenamento jurídico é formado por um conjunto sistêmico de normas, estas compreendidas por regras e princípios, que espelham a realidade político-social do povo a que se aplicam. Conseqüência dessa afirmação é o fato de a Constituição Federal de 1988 ter recebido o nome de Constituição cidadã. Essas normas interligam-se na busca pelo desafio de chegarem o mais próximo possível da verdade real e conseqüentemente da justiça.

A Constituição Federal estabelece certos direitos e garantias fundamentais que são corolário do Estado de Direito e as normas que lhes consubstanciam são de aplicação imediata. Entretanto, esses direitos e garantias só são eficientes graças a mecanismos estabelecidos pela carta constitucional e que são exemplos o mandado de injunção e o mandado de segurança.

No entanto, os direitos e as garantias fundamentais não podem ser entendidos como ilimitados, vez que têm estabelecidos em outros direitos consagrados pela Constituição Federal os seus limites. Esses direitos nascem para limitar o poder do Estado sem, contudo, negarem a subordinação do indivíduo frente a ele. Quando houver o conflito entre esses valores surge a necessidade de ponderar a valoração de um frente ao outro. Nesse aspecto situa-se a lição de Moraes (2001, p. 59):

Desta forma, quando conflito 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 em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Constata-se que o respeito aos direitos e garantias fundamentais não pode ser entendido de forma absoluta. É sabido que a legalidade é uma garantia fundamental do Estado de Direito, já que exprime a idéia de soberania popular. Do Estado Democrático também decorre a legitimidade que é característica apta a atribuir segurança jurídica ao ato processual e que pressupõe a observância de condições necessárias para que se possa buscar a legalidade.

Atualmente, essa noção formal de legalidade (legitimidade), como já dito anteriormente, vem sendo mitigada pela doutrina e jurisprudência que se utilizam da ponderação de bens jurídicos e do confronto entre princípios, além do senso comum para a satisfação da problemática. O desentranhamento da prova ilegítima dos autos do processo em qualquer caso não pode ser entendida de maneira razoável.

Portanto, o rigorismo formal que tem a função de segurança dos atos processuais, deve ser substituído pela instrumentalidade das formas. A observância à forma quando utilizada em demasia desnaturaliza a finalidade buscada pelo ato processual, havendo a possibilidade de se chegar a uma condenação injusta.

Depreende-se também que o uso da proporcionalidade é alternativa que o juiz tem a seu dispor na utilização da prova ilegítima. Na verdade, a proporcionalidade serve como um mecanismo de harmonização que pondera um princípio de menor relevância com um que tenha um valor social de maior relevância. A utilização da

razoabilidade também é outro meio utilizado pelo juiz na busca da decisão mais justa.

Desta forma, a melhor solução que o órgão julgador deve utilizar decorre da análise do caso concreto. O senso comum e a discricionariedade, desde que observe certos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, devem ser observados pelo magistrado quando tiver que sacrificar um interesse que estiver em conflito com outro de maior relevância social que beneficie o indivíduo que se utiliza da prova ilegítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova no processo penal é entendida como o instrumento apto a realizar a reconstrução dos fatos e de que se utiliza o juiz para proferir a decisão que mais se aproxime da verdade real. Desse modo, a prova ainda que descumpra preceitos de ordem processual, deve ser utilizada quando a sua ausência for mais prejudicial que a sua presença nos autos do processo.

Esta pesquisa busca enriquecer e aprofundar o estudo de um tema do processo penal que muito se discute na doutrina e jurisprudência pátrias. Esse tema diz respeito à utilização da prova obtida por meios ilegítimos que mitiga a idéia de rigorismo formal imposta pela lei processual penal.

A partir da busca junto a estudos doutrinários e jurisprudenciais depreendeu-se que a prova tem a função de instrumento destinado a alcançar o objeto do processo que é a certeza jurídica. Essa certeza se configura pela reconstrução dos fatos que a consciência coletiva considera e assimila como autêntica e serve de pressuposto das decisões tidas como justas.

Ademais, foram expostos no presente trabalho os sistemas de apreciação da prova que ao longo dos anos foram sendo adotados pelos julgadores culminando no sistema de análise da prova que se utiliza racionalidade que se utiliza de argumentações aceitáveis pelo senso comum. Ficou superada também a diferença entre provas ilícitas e provas ilegítimas, para fins eminentemente didáticos, já que para fins de sua utilização no processo, sua equiparação restou evidenciada.

Situou-se também, a discussão acerca do fato de os princípios serem utilizados como instrumentos de mitigação do absolutismo da forma legal. Fez-se

uma explanação acerca do conceito de princípios, a sua evolução normativa até os dias atuais. Ademais, discorreu-se acerca dos princípios do direito processual penal que dão suporte à utilização da prova ilegítima, dando um maior enfoque aos princípios da proporcionalidade e instrumentalidade das formas.

Ficou estabelecida a discussão acerca da reforma processual penal que implantou um novo sistema de provas penais no referido estatuto processual. Superou-se a discussão da equiparação entre as provas ilícitas e ilegítimas no que se refere ao seu uso no processo penal, já que a lei 11.690/2008 silenciou quanto às provas ilegítimas. Mostrou-se também de que formas a doutrina e a jurisprudência nacionais se comportam no trato do tema em comento.

Constatou-se que as provas ilegítimas, muito embora neguem validade às formas processuais, em determinados casos devem ser levadas a cabo pelo órgão julgador ao proferir a sua decisão. Esses casos são determinados pelo uso da instrumentalidade das formas, pelo uso do princípio da proporcionalidade e pelo uso da prova ilegítima *pro reo*. Ademais, depreendeu-se que a análise do caso concreto é quem vai dizer se as provas ilegítimas merecem ser consideradas ou se devem ser desentranhadas do processo.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Tathiana de Melo Lessa. *Princípio da razoabilidade e laxismo penal*. Disponível em <www.revistajusvigilantibus.com.br>. Acessado em 23/11/2008.

ARANHA, Adalberto José. *Da prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA, José Olindo Gil. *As provas ilícitas Processo Brasileiro*. Disponível em <www.oab-mg.org.br>. Acessado em 03 de novembro de 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, *Constituição Federal de 1988. Vade Mecum*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____, *Lei n.º 11. 690/05. Vade Mecum*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processual Penal. Apelação Criminal nº 2003.050.01828, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Ricardo Bustamante, julgado em 21.07.2003.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *A Reforma do Código de Processo Penal e a Polêmica da inadmissibilidade das provas ilegítimas*. Disponível em <www.novacriminologia.com.br>. Acessado em 15/09/2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Curso de Direito Penal, Legislação Penal Especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 18ª ed. São Paulo: RT, 2002.

El Tasse, A.; Miléo, Z.; Piasecki, P. R. *O Novo Sistema de Provas no Processo Penal*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*. Disponível em <www.novacriminologia.com.br>. Acessado em 26 de setembro de 2008.

GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; GOMES FILHO, A. M. *As nulidades do Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003. v. I.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. *A Reforma do Código de Processo Penal e a Nova Disciplina Legislativa da Prova*. Revista Jurídica Consulex. Brasília, jun. 2008, ano XII, n. 275.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Barueri: Manole, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2006.

PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

RAMOS, Maíra Silva da Fonseca. *A prova proibida no processo pena*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/textos>>. Acessado em 15/09/2008.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

TÁVORA, N.; Antonni, *Curso de Direito Processual Penal*. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2008.