

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

CAROLINA FICHMANN

Cidadania e a prova ilícita penal *pro societate*

SÃO PAULO

2014

CAROLINA FICHMANN

Cidadania e a prova ilícita penal *pro societate*

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Doutor José Carlos Francisco

SÃO PAULO

2014

F445c Fichmann, Carolina

Cidadania e a prova ilícita penal pro societate. / Carolina Fichmann. – 2014.

117 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2014.

Orientador: José Carlos Francisco

Bibliografia: f. 112-117

CAROLINA FICHMANN

Cidadania e a prova ilícita penal *pro societate*

Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovada em 13/02/2014.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. José Carlos Francisco
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Gianpaolo Poggio Smanio
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Walter Claudius Rothenburg
Instituição Toledo de Ensino - ITE

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sempre iluminar o meu caminho.

Aos meus amados pais, Nilza e Fernando, meus principais professores da vida, pelo apoio incondicional e, sobretudo, por terem me ensinado que o único bem que sempre levarei comigo – e que nunca será subtraído – é o conhecimento.

Ao meu orientador, Professor Doutor José Carlos Francisco, que, desde a época da faculdade, me agracia com sua indescritível sabedoria, ética, gentileza, seriedade e paciência.

Aos membros da banca, Professores Doutor Walter Claudius Rothenburg e Doutor Gianpaolo Poggio Smanio que, com inigualável distinção, contribuíram de forma essencial para o desenvolvimento deste trabalho.

Ao Professor Doutor Felipe Chiarello de Souza Pinto, pelo incondicional incentivo e por ter me premiado com seus valorosos ensinamentos.

À Universidade Presbiteriana Mackenzie, minha estimada casa, pela oportunidade de cursar um Mestrado de excelência, com professores brilhantes.

RESUMO

De efeito, a vedação às provas ilícitas é uma regra constitucional que assegura um leque de direitos fundamentais, mas não é intransponível.

Dentre os mecanismos aptos a flexibilizar a regra disposta no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal Brasileira de 1988, há o critério da proporcionalidade, responsável por realizar uma ponderação de interesses à luz do caso concreto.

Para tanto, é imprescindível atentar-se às vertentes desse critério. A primeira delas assegura a proteção dos indivíduos contra eventuais excessos perpetrados pelo Estado. A segunda vertente, por sua vez, tutela a sociedade – enquanto destinatária das diretrizes do Estado Social –, de forma a proibir a proteção deficiente dos direitos fundamentais também de natureza social.

A rigor, a primeira face do critério da proporcionalidade guarda relação com o garantismo negativo, momento, este, em que o Estado assumia uma postura passiva. Em momento posterior, no entanto, sobretudo diante das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, verificou-se a necessidade de intervenção estatal – eis que a postura passiva do Estado de tão somente positivar os direitos fundamentais não se revelou suficiente.

Com tal mudança de paradigma, houve também uma evolução no conceito de garantismo jurídico, que passou a ser positivo, proporcionando, destarte, a ascensão da segunda vertente da proporcionalidade que visa a coibir as condutas atentatórias aos direitos fundamentais.

No entanto, após análise jurisprudencial, resta evidente que, por vezes, a necessidade de proteger valores essenciais à sociedade é primordial, de modo que o critério da proporcionalidade não é utilizado para a ponderação de interesses no caso concreto e; simplesmente, à luz desse mencionado caso concreto, aquela prova, que outrora poderia ser considerada ilícita, transforma-se em lícita, com o nítido desiderato de coibir a aludida proteção deficiente dos demais direitos fundamentais.

Não apenas, mas, por vezes, não há sequer que se falar em colisões de valores no caso concreto – e, por conseguinte, em ponderação de interesses-, de modo que a licitude da prova resta inquestionável.

Nessa perspectiva, a jurisprudência pátria admite determinadas teorias e institutos– como o do conhecimento fortuito - a fim de relativizar aquela prova que antes poderia ser considerada ilícita.

Destarte, é justamente nesse contexto que a prova ilícita penal *pro societate* encontra guarida.

Palavras-chave: Inadmissibilidade das provas Ilícitas. Proibição da proteção deficiente. Prova ilícita penal *pro societate*.

ABSTRACT

The prohibition of illegal evidences is a constitutional rule of thumb which guarantees a wide range of fundamental rights. Nonetheless, such rule is not insurmountable.

Among the mechanisms available to soften the rule stated on Article 5, paragraph LVI, of the Brazilian Constitution of 1988, there is the so called proportionality criteria, which is responsible to measure and evaluate the interests involved in a concrete case.

There are two main streams that study the proportionality criteria. The first stream preaches the protection of individual rights against abusive acts perpetrated by the State. On the other hand, the second stream envisages protecting the society, forbidding any flaws in the assurance of social rights guaranteed by the Welfare State.

Originally, the first stream of the proportionality criteria demonstrates a greater relation to the negative garantism, reflecting a moment in time when the State adopted a more passive behaviour.

However, in light of the atrocities committed during the Second World War, it became clear the need of an effective State intervention given that the governmental passive attitude, limited to the mere legislation of fundamental rights in a piece of paper, proved not to be enough.

Combined with such paradigm shift, there has also been an evolution in the concept of legal garantism, which turned positive, enabling the rise of a second stream of the proportionality criteria, which aims to prevent abuses against fundamental rights.

Considering this new historical environment, depending on the interests involved on the specific case, the criminal illegal evidence *pro societate* is admitted. Analyzing case law, it is evident that, sometimes, the need to protect core values of the society reveals to be preponderant. In such cases the proportionality criteria is not utilized, so that proofs that initially would be treated as illegal, become lawful, protecting by these means higher valuable social fundamental rights.

Not only, but sometimes there is not even need to talk about collisions of values in the case and the lawfulness of proof is unquestioned.

In this perspective, the case law admits certain institutes and theories - such as the random knowledge, for example - in order to relativize that proof that before could be considered illegal.

Thus, it is precisely in this context that criminal illegal evidence *pro societate* finds shelter.

Keywords : Prohibition of Unlawful evidence. Prohibition of poor protection. Proof illicit criminal *pro societate*.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. APROXIMAÇÃO TEÓRICA DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL	13
2.1 A VERDADE NO PROCESSO E A PROVA	13
2.2 CIDADANIA E O DIREITO À PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	16
2.3 CONCEITO DE PROVA	20
2.4 OBJETO DE PROVA	22
2.5 ÔNUS DA PROVA	22
2.6 PROVAS ILÍCITAS	24
2.6 PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS	27
2.7 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO	29
3. A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E SUAS LIMITAÇÕES	34
3.1 A VEDAÇÃO À PROVA ILÍCITA COMO REGRA JURÍDICA	34
3.1.1 Distinção entre princípios e regras jurídicas	34
3.1.2 Critérios para distinção entre princípios e regras e suas análises críticas	38
3.1.2.1 Critério do carácter hipotético-condicional	38
3.1.2.2 Critério do modo final de aplicação	39
3.1.2.3 Critério do conflito normativo	41
3.2 A COMPATIBILIDADE DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 – O CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO NA SEGUNDA ERA DA MODERNIDADE	45
3.3 RISCOS DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA COMPREENDIDA COMO MANDAMENTO INSTRANSPONÍVEL	50
3.4 O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MECANISMO DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES	52
3.5 VERTENTES DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE	56
3.6 O GARANTISMO POSITIVO E O USO DA PROVA ILÍCITA EM FAVOR DA SOCIEDADE	58
3.7 SUPERABILIDADE DAS REGRAS	63
4. PROVA ILÍCITA <i>PRO SOCIETATE</i> E SUAS LIMITAÇÕES	67
4.1 HARMONIA DO TEXTO CONSTITUCIONAL E A VEDAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS	67

4.2 RAZÕES PARA PROIBIR A PROVA.....	68
4.3 A FLEXIBILIDADE DA REGRA DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA.....	70
4.3.1 Abuso de garantias constitucionais	73
4.3.2 Em conhecimentos fortuitos	75
4.3.3 Descontaminação posterior	78
4.3.4 Exceções às provas ilícitas por derivação	79
4.3.5 Teoria da descoberta inevitável	81
4.3.6 Prova ilícita <i>pro reo</i>	82
4.3.7 Síntese	83
5. A PROVA ILÍCITA NOS SISTEMAS ESTRANGEIROS	85
5.1 NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.....	85
5.1.1 Antecedentes da regra de exclusão	87
5.1.2 Restrições à regra de exclusão	90
5.1.3 Exceções à regra de exclusão	91
5.1.4 Ilicitude por derivação nos Estados Unidos	94
5.1.4.1 Teoria da fonte independente (<i>independent source doctrine</i>)	95
5.1.4.2 Teoria do nexo causal atenuado (<i>attenuated connection doctrine</i>).....	96
5.1.4.3 Exceção da descoberta inevitável (<i>inevitable discovery exception</i>)	97
5.1.5 Síntese	97
5.2 NA ALEMANHA.....	98
5.3 NA INGLATERRA	100
5.4 SÍNTESE	101
CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste estudo é demonstrar que a prova obtida por meios ilícitos pode, de maneira excepcional, ser utilizada em desfavor do acusado.

Para desenvolver este trabalho, em um primeiro momento, buscou-se realizar uma aproximação teórica da prova ilícita no processo penal, a fim de revelar que o direito à prova constitui, efetivamente, um direito fundamental. No entanto, inobstante ser regra geral a admissibilidade das provas – eis que consagrado o princípio da liberdade nos meios de prova -, o constituinte, diante do paradigma defensivo das garantias constitucionais, fez por bem consagrar no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal Brasileira de 1988, a regra da vedação às provas tidas como ilícitas. Destarte, restou imperioso pesquisar, sobretudo, o conceito de prova ilícita – que, para fins deste trabalho, engloba tanto as provas ilegítimas, como as provas ilícitas em sentido estrito.

No capítulo subsequente, pretendeu-se analisar os limites da inadmissibilidade da prova ilícita. Vale dizer, por meio de um juízo de proporcionalidade, e realizada a ponderação de interesses, é possível a mitigação da mencionada regra constitucional. Para admitir tal flexibilização, foi imperioso estudar as vertentes do critério da proporcionalidade, atrelando-as à evolução do conceito de garantismo jurídico.

Verificou-se, no entanto, que, por vezes, a necessidade de assegurar a proibição da proteção deficiente é tão gritante que aquela prova, que outrora poderia estar maculada, à luz do caso concreto, simplesmente transforma-se em lícita – sem que, sequer, seja utilizado o aludido critério da proporcionalidade – superando-se, destarte, a regra da vedação.

Em seguida, foi feita uma análise dos possíveis valores colidentes hábeis a admitir a relativização da inadmissibilidade das provas ilícitas. Para tanto, antes de realizar a pesquisa jurisprudencial, buscou-se analisar os motivos que ensejam a proibição da prova, bem como as consequências arcadas pela sociedade; para, após, demonstrar que, à luz do caso concreto, outros valores podem revelar-se sobressalentes.

Não apenas, mas, após realizar referida análise jurisprudencial, restou claro que, à luz do caso concreto, nem sempre são vislumbradas colisões e, simplesmente, a prova é considerada lícita para resguardar a aludida proibição da proteção deficiente dos valores da sociedade. Apenas a título de exemplo cumpre consignar que os Tribunais Superiores acolhem a teoria da descoberta inevitável, de forma a admitir a prova derivada da prova ilícita, sob o argumento de que, ainda que a prova originária não existisse, a descoberta da prova derivada seria fatal.

No último capítulo, buscou-se realizar uma análise do tratamento conferido às provas ilícitas no direito estrangeiro. Dentre os países analisados, restou evidente uma maior flexibilidade jurisprudencial para admitir a prova ilícita, se realizada uma comparação com o direito pátrio.

Realizado o corte temático, há a vinculação com a linha de pesquisa “A Cidadania modelando o Estado”, num primeiro momento, quando é feita a reflexão acerca do direito à prova. De fato, este direito é fundamental e consagra um dos alicerces do Estado Social e Democrático de Direito, sendo, por conseguinte, uma das manifestações do direito de cidadania.

Como já aludido, em que pese ser regra a admissibilidade das provas, a Constituição Federal Brasileira de 1988 – que traz ínsita a ideia do mencionado Estado Social e Democrático de Direito –, sobretudo no contexto pós-ditatorial, a fim de assegurar garantias individuais – que antes estavam hierarquicamente inferiores à segurança nacional -, consagrou a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos como uma das formas de expressão da necessidade de proteção aos direitos fundamentais. No entanto, também é tarefa do Estado proibir a proteção deficiente dos direitos fundamentais e, nessa perspectiva, a vedação às provas ilícitas pode ser flexibilizada.

Cumpre consignar, finalmente que a pesquisa realizada nesta dissertação foi bibliográfica e jurisprudencial.

2. APROXIMAÇÃO TEÓRICA DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL

2.1 A VERDADE NO PROCESSO E A PROVA

Com efeito, a verdade é busca constante da atividade humana. Nessa perspectiva, ensina Marco Antonio de Barros que “[...] a verdade é algo sublime para o homem, e por isso ele a busca, persegue-a sem trégua em todas as atividades que exerce.”¹

De fato, tal busca também alcança o Direito, de maneira que a prova lhe serve de instrumento.

Provar é estabelecer a verdade que se tem sobre um determinado fato; segundo a doutrina de Nicola Framarino Dei Malatesta “[...] é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza.”² Dentro do processo, a verdade é valor inerente à justiça e, nessa busca, duas concepções surgem na doutrina tradicional, quais sejam: a verdade material e a verdade formal.

A verdade material impõe ao magistrado uma postura ativa para a descoberta de um determinado fato – que se revela por meio de provas trazidas aos autos, seja pelas partes, seja por meio da persecução realizada pelo Estado-juiz. Referida verdade comumente – e, muitas vezes, erroneamente³ – é atrelada ao âmbito penal, isto, porque, nesta seara, como regra, são vislumbrados valores de extrema importância e interesses indisponíveis. Vale dizer, de um lado há a ameaça de tolhimento da liberdade de um indivíduo, enquanto, de outro, há o direito do Estado

¹ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

² MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitano. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004, p. 87.

³ Assevera MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1997. (Sexta série). p. 118: “Dizer que o processo penal persegue a chamada ‘verdade real’, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada ‘verdade formal’, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas”.

de punir e o dever de resguardar a segurança da sociedade. Deste modo, existindo tal interesse social, não é sequer razoável que o juiz adote postura passiva.⁴

No que tange à verdade formal, é a doutrina de Marco Antonio de Barros:

[...] permite-se ao juiz ser mais condescendente na apuração dos fatos, sem que tenha de submeter-se ao rigor da exigência de diligenciar *ex officio* com o objetivo de descobrir a verdade, tal qual sucede no caso de aplicação do princípio da verdade material.⁵

Imperioso destacar que, conforme preconiza o artigo 93, IX, da Constituição Federal, é dever do juiz motivar suas decisões, sob pena de nulidade⁶. Vale dizer, no que diz respeito à avaliação das provas, o sistema vigente é o do livre convencimento motivado, segundo o qual é cabível ao magistrado graduar as provas conforme o seu livre convencimento, contudo é imprescindível a motivação de suas decisões. Segundo o escólio de Guilherme de Souza Nucci:

Motivar a decisão significa fornecer, expressamente, as razões pelas quais determinada solução foi adotada ou certa deliberação foi tomada. O fundamento da sentença condenatória constitui a base sobre a qual o magistrado aufere legitimidade, perante a sociedade, para exercer sua função jurisdicional. Aplicar a sanção penal depende de raciocínio, ponderação, bom senso, prudência e sensibilidade, todos os fatores conectados à lei, segundo o princípio da legalidade.⁷

⁴ MARCO ANTONIO DE BARROS ressalta que não mais existe a ideia absoluta de que no âmbito cível vigora, tão somente, a verdade formal, ante a existência de inúmeros dispositivos na legislação processual civil que revelam a busca pela verdade material – eis que presente o interesse público. Da mesma forma, é incorreto afirmar que no processo penal vislumbra-se, apenas, a busca pela verdade material. Cumpre salientar: a possibilidade de transação penal e o perdão do ofendido nas ações penais privadas são exemplos da manifestação excepcional da verdade formal no processo penal (BARROS, *op. cit.*, p. 37-9). Nesse sentido: AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. rev. ampl. e atual. em face das Leis 9296/96 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁵ BARROS, *op. cit.*, p. 35.

⁶ Artigo 93, IX, CR: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 178.

Nessa perspectiva, tem-se que o sistema do livre convencimento motivado prestigia os princípios da legalidade e da motivação.

Contrapostos ao mencionado sistema, há o da íntima convicção e o da prova tarifada.

No sistema da íntima convicção é possível que o magistrado avalie as provas constantes nos autos do processo de acordo com o seu convencimento, sem qualquer necessidade de fundamentar sua decisão.

O sistema da prova tarifada, por seu turno, não confere ao juiz qualquer possibilidade de avaliar as provas de acordo com sua convicção, eis que o valor de cada uma delas é anteriormente estipulado em lei.⁸

Como outrora asseverado, o sistema que vigora no ordenamento pátrio é o da livre convicção motivada⁹, porém resquícios dos sistemas supramencionados podem ser vislumbrados no Código de Processo Penal. Apenas a título de exemplo, o instituto do Tribunal de Júri está em harmonia com o sistema da íntima convicção, eis que, uma vez configurado um crime doloso contra a vida, os jurados – denominados juízes *ad hoc*- decidem sem a necessidade de fundamentar.

No que diz respeito à prova tarifada, o Código de Processo Penal, no seu artigo 158, determina: “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. Resta evidente, portanto, a prioridade conferida ao exame de corpo de delito, em detrimento da confissão.

Tecidas essas breves considerações, sobreleva consignar que, ainda que presentes resquícios de outros sistemas, que não o do livre convencimento motivado, a verdade que interessa ao processo é aquela que mais se aproxima da

⁸ ANDRADE, Mariana Bernardes. **Prova Ilícita**: uma interpretação à luz do garantismo positivo e da proibição da proteção deficiente. Monografia - Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, 2012.

p 27.

⁹ Salienta FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 563 que: “o juiz, segundo esse princípio, pode em suma condenar não simplesmente ‘secundum conscientiam’, mas ‘ex informata conscientia’, justificando o seu convencimento ‘iuxta alligata atque probata’” .

realidade – e que, portanto, atende às regras do devido processo legal e, por conseguinte, direciona-se à realização da justiça.

Nesse diapasão, a busca pela verdade - instrumentalizada pelas provas - se faz indispensável, sob pena de o processo servir como mero ato aleatório, abstendo-se, destarte, de cumprir com sua principal função: a pacificação social.¹⁰

2.2 CIDADANIA E O DIREITO À PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Em decorrência da mencionada busca pela verdade, que visa a garantir a máxima aproximação entre a realidade e os fatos sujeitos à apreciação judicial, surge o direito às partes envolvidas de produzir as provas aptas a influir na livre convicção do julgador.¹¹

Antes de adentrar o tema da prova como direito fundamental, faz-se, no entanto, imprescindível abordar a questão da cidadania.

Em uma primeira dimensão histórica, tem-se a correlação entre cidadania e a ideia de nacionalidade. O critério utilizado para atribuir a cidadania era, portanto, o *ius sanguinis*, ou seja, o cidadão apenas poderia ser filho de cidadão – súdito nacional e livre.

De efeito, a obra de Jean Bodin, *Les Six Livres de La Republique* (1576), corresponde ao marco inicial do uso da expressão cidadania, a qual se revelou como verdadeiro instrumento para unificação do Estado Absoluto do século XVI.

O indivíduo passava a pertencer a uma determinada esfera jurídica enquanto cidadão do Estado, detentor de um *status* jurídico que possibilitava o exercício de relações e direitos em relação ao soberano. Os escravos e estrangeiros não eram considerados cidadãos porque não gozavam dos direitos e privilégios dos cidadãos. Da mesma maneira, as mulheres e as crianças também não eram consideradas

¹⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e proporcionalidade**: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Dissertação (Mestre em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2006. p. 89.

¹¹ *Ibid.*, p. 94.

cidadãos porque estavam sujeitas ao poder do chefe de família. Somente o indivíduo livre e nacional do Estado era considerado cidadão.¹²

Referida obra trouxe a relação vertical existente entre o súdito – obrigado a obedecer - e o soberano - dotado de poder. Entretanto, a concepção trazida por Jean Bodin demonstrou-se limitada, ao abordar, tão somente, a aludida relação entre súdito e soberano.

Com o tempo o conceito de cidadania passa a ser tratado com maior precisão: o cidadão é tido como um indivíduo igual aos demais cidadãos; é, portanto, sujeito de direitos.

O Estado, por seu turno, é visto como resultado da vontade do indivíduo a submeter-se ao poder soberano. Isto, porque, o indivíduo, em troca de proteção e segurança, se submete, de forma voluntária, ao poder do soberano, através das leis civis aplicadas de forma igualitária a todos.

Emerge a segunda dimensão histórica da cidadania, na qual o cidadão passou a ser visto como sujeito de direitos, consolidando, por conseguinte, o Estado Absolutista.

Posteriormente, no século XVIII, surge o movimento iluminista, o qual resgata os ideais clássicos, combatendo o Estado Absolutista. Nesse ínterim, a noção de cidadania clássica também é trazida à tona: passa a ser imprescindível a constituição da comunidade política. Assim, surge a terceira dimensão histórica da cidadania, pautada na participação dos cidadãos na política.

Nessa dimensão, ensina Gianpaolo Poggio Smanio:

a perspectiva da cidadania deixa de ser vertical em relação ao Estado e passa a ser horizontal, uma vez que os cidadãos estão ligados entre si na formação do Contrato Social que dá origem ao Estado.¹³

¹² SMANIO, Gianpaolo Poggio. Dimensões da cidadania. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público**, ano 2, p. 13, jan./jun. 2009.

¹³ SMANIO, op. cit., 2009. p. 14.

Valendo-se dos ideais iluministas, eclodem as revoluções burguesas, dentre elas há de se destacar a Inglesa, a Americana e, sobretudo, a Francesa.

Enquanto a Revolução Inglesa propicia a dominação econômica por parte da burguesia, por meio do liberalismo; garantindo, ademais, uma série de direitos instituídos no *Bill of Rights*, as Revoluções Americana e Francesa fundamentaram-se na ideia de direitos naturais, como a liberdade, igualdade e fraternidade.

Após esse período revolucionário, verifica-se o advento da cidadania liberal, que trouxe como pilares os seguintes princípios jurídicos: nacionalidade, direitos naturais individuais, participação política e igualdade perante a lei.¹⁴

A cidadania liberal não abrangia a todos, nem, sequer, ultrapassava os limites do Estado Nacional. Isto é, a cidadania era vista, tão somente, como *status* político que era efetivado através do direito de voto.

Foi necessário considerar o cidadão além das barreiras estatais, eis que os direitos sociais precisaram ser reconhecidos. Nessa perspectiva, entende-se por cidadania o conjunto de direitos civis, políticos e sociais. De fato, a cidadania é a base de participação no Estado de Direito, por meio da efetivação dos direitos fundamentais.¹⁵ Em suma, os direitos da cidadania são manifestações de direitos fundamentais. *Status*, este, conferido ao direito à prova.

Tecidas essas primeiras considerações, sobreleva destacar que o direito à prova está atrelado aos direitos de ação e de defesa.¹⁶ O direito à prova está, portanto, relacionado ao direito de acesso ao Poder Judiciário, o qual, segundo entendimento de Rogério Lauria Tucci:

Trata-se, por certo de direito subjetivo material, público, universalmente consagrado, em que se especifica o direito de petição, e definido por JOSÉ ANTONIO TOME GARCIA, como “o direito de peticionar aos órgãos do Poder Judiciário,

¹⁴ Ibid., p. 15.

¹⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 20 anos da Constituição e da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 336.

¹⁶ FERNANDES. Antonio Scarance. . **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 78.

consubstanciando-se no meio adequado e impostergável de obter o amparo jurisdicional” a outro direito.¹⁷

Vale dizer, o direito de acesso ao Judiciário não pode ser reduzido à simples instauração do processo, mas abarca um serie de faculdades, dentre elas o direito fundamental à prova.¹⁸

Em virtude dessa ligação que o direito à prova também pode ser concebido como direito subjetivo público¹⁹, como um direito fundamental tanto da defesa quanto da acusação.

Antonio Scarance Fernandes ressalta que o direito à prova se desdobra em:

- a) direito de requerer a produção da prova;
- b) direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova;
- c) direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para a sua produção;
- d) direito a participar da produção da prova;
- e) direito a que a produção da prova seja feita em contraditório;
- f) direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz;
- g) direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito;
- h) direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador.²⁰

Imperioso, ademais, salientar a ressalva feita por Luigi Ferrajoli:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.²¹

É de suma importância salientar que o direito à prova possui especial relevância para a acusação, uma vez que o acusado goza da presunção de inocência. De efeito, no que diz respeito à ação penal de iniciativa pública, há o

¹⁷ TUCCI. Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 54-6.

¹⁸ MOREIRA, op. cit., p. 107.

¹⁹ FERNANDES, op. cit., p. 78.

²⁰ Ibid., p. 79-80.

²¹ FERRAJOLI, op. cit., p. 565.

direito do Ministério Público, como titular dos direitos da sociedade, de provar os fatos narrados em sede de exordial a fim de ter seu pedido julgado procedente. No entanto, ao mesmo tempo em que há esse direito à prova, há também uma necessidade de proteção penal.

Justamente por ser um direito fundamental, o direito à prova apenas pode ser limitado em situações excepcionais. Disso decorre o princípio da liberdade dos meios de prova, segundo o qual há ampla admissibilidade dos meios de prova idôneos a formar a convicção do magistrado, ainda que haja o silêncio da lei.

As limitações à produção das provas são exceções, eis que a regra é a admissibilidade. Thiago André Pierobom de Ávila salienta:

Especial relevância possui esse princípio da liberdade dos meios de prova para as provas documentais (em sentido amplo), tais quais as fotografias, filmagens e gravações, mensagens eletrônicas e outros artefatos científicos, já que sua obtenção, em algumas situações não está regulamentada em lei, sendo possível sua introdução no processo (produção processual) desde que não ocorra lesão a outros princípios constitucionais, dentre os quais, de forma mais sensível, o direito fundamental à intimidade.²²

Nessa toada, tem-se que a liberdade nos meios de prova não é sinônimo de anarquia nas operações cognitivas do magistrado.

Muito pelo contrário. Como outrora asseverado, a verdade processual exige a observância das regras do devido processo legal justamente para direcionar-se à realização da justiça. Nessa perspectiva, incumbe ao Estado de Direito, ao mesmo tempo, realizar a busca pela verdade e limitar essa busca diante de situações excepcionais, com o desiderato de proteger os demais direitos fundamentais.²³

2.3 CONCEITO DE PROVA

Conforme ressaltado, o direito à prova é, efetivamente, um direito fundamental. Nessa toada, a questão relevante que vem à tona diz respeito à concepção de prova.

²² ÁVILA, op. cit., 2006. p. 97–8.

²³ Ibid., p. 98.

É cediço que para se obter o resultado pretendido no processo, sobretudo quando a pretensão é de natureza condenatória, a verdade deve ser demonstrada por meio das provas. Em termos genéricos, prova é qualquer meio apto a levar ao conhecimento do julgador e das partes a existência, ou não, de um fato. Como regra, no processo penal, a afirmação positiva do fato é tarefa da acusação que descreve os pormenores do fato imputado como ilícito na denúncia ou na queixa-crime, de modo que o argumento que nega a existência desses fatos atribuídos ao acusado como ilícitos é realizado pela defesa.²⁴

De efeito, a prova é o elemento responsável a trazer à baila a verdade processual. Contudo, é de extrema relevância destacar que a prova não é item inabalável, eis que distintas interpretações sobre uma mesma prova podem ser realizadas. Nesse diapasão, a verdade processual é, como outrora afirmado, aproximativa.

Nas palavras de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha,

a função da prova é essencialmente demonstrar que um fato existiu e de que forma existiu ou como existe e de que forma existe. É, portanto, uma tarefa reconstrutiva, uma missão histórica do juiz, como sabiamente afirmado por Dellepiane. Há uma profunda analogia entre a missão do juiz e a do historiador, pois ambos reconstroem e interpretam fatos pretéritos.²⁵

Em síntese, a prova representa os atos e os meios que são utilizados pelas partes, e reconhecidos pelo juiz, com o desiderato de demonstrar a verdade acerca dos fatos alegados – passados ou presentes.

Antonio Magalhães Gomes Filho assevera que o termo prova pode ser utilizado em três concepções, quais sejam: (i) prova é o instrumento pelo qual informações são trazidas ao processo; (ii) prova é o conjunto de atividades desenvolvidas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos e (iii) prova é o resultado das atividades realizadas ao longo do processo.²⁶

²⁴ BARROS, op. cit., p.125-6.

²⁵ ARANHA. Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996. p.5.

²⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 41-2, apud ÁVILA, op. cit.,2006. p. 90.

No mais, as provas podem ser classificadas em três espécies, quais sejam: testemunhais, periciais e documentais – sendo que nestas são englobados não apenas os papéis e instrumentos, mas as fotografias, gravações de áudio e vídeo e outros objetos em geral.²⁷

2.4 OBJETO DE PROVA

São objeto de prova todos os fatos ou acontecimentos que devem ser demonstrados no curso do processo para que o magistrado possa resolver o conflito.

No processo penal, o objeto de prova abrange não somente o fato criminoso e sua autoria, mas todas as demais circunstâncias objetivas capazes de influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou imposição da medida de segurança.²⁸ Fatos objeto de prova são, destarte, tudo aquilo que pode ser tido como útil ao desfecho da ação penal.

Existem, no entanto, fatos que dispensam a produção de prova, quais sejam: (i) fatos evidentes, intuitivos, notórios ou incontroversos; (ii) fatos impossíveis; (iii) fatos irrelevantes ao caso concreto; (iv) fatos objetos de presunções legais e (v) prova da vigência das matérias de direito, salvo se forem aduzidas leis estrangeiras, estaduais, municipais, normas administrativas ou consuetudinárias, uma vez que o magistrado não está obrigado a conhecer todas as normas que transcendem sua jurisdição.²⁹

2.5 ÔNUS DA PROVA

No que diz respeito ao ônus da prova, ensina Nicola Framarino Malatesta que: “se o ordinário se presume, o extraordinário se prova: eis o princípio supremo

²⁷ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 90.

²⁸ BARONE, Marcelo Luiz. **Prova ilícita “pro societate” e o princípio da proporcionalidade.** Dissertação (Mestre em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 18.

²⁹ ANDRADE, op. cit., p. 18.

para o ônus da prova; princípio supremo que chamamos ontológico, enquanto encontra seus fundamentos no modo imediato de ser das coisas.”³⁰

Seguindo referido escólio, como é cediço, no processo penal vigora o princípio da presunção de inocência³¹. Nessa perspectiva, justamente por ser uma presunção, trata-se de algo ordinário que, conseqüentemente, não é objeto de prova.

Logo, incumbe ao órgão acusatório o ônus de provar a responsabilidade do acusado. Contudo, imperioso salientar que ônus não se confunde com obrigação, mas é um termo que melhor se amolda a uma incumbência processual, além de proteger o direito subjetivo à prova. Isto é, o ônus da prova é uma faculdade atribuída às partes para produzirem as provas que sustentarão suas alegações. Nessa perspectiva há a máxima: *allegatio et non probatio, quase non allegatio*, ou seja, aquele que alega deve provar, caso contrário se mostrará como se nada tivesse alegado. Disso decorre a segunda máxima, qual seja: *onus probandi incumbit ei qui dicit* – a prova da alegação incumbe a quem a fizer.³²

Por tal motivo, uma vez imputada a autoria criminal, deverá o Ministério Público – como detentor da ação penal pública – ou o querelante provarem o nexo de causalidade entre referida autoria e o fato delitivo. Inexistente tal prova – ou indevidamente provado o fato tido como delitivo – a consequência lógica será a improcedência da ação penal. O acusado, por seu turno, apenas deverá provar o álibi que alegar.

Por fim, insta consignar a admissibilidade da comunhão dos meios de prova. Vale dizer, a prova produzida por uma das partes – ainda que lhe cause prejuízo – poderá ser aproveitada pela outra, cabendo ao juiz valorar referida prova.³³ Isto, efetivamente, está em completa harmonia com o princípio da liberdade nos meios de prova, segundo o qual há ampla admissibilidade de elementos aptos a formar a convicção do juiz.

³⁰ MALATESTA, op. cit., p. 132.

³¹ Para fins deste trabalho, não distinguiremos “presunção de inocência” de “presunção de culpabilidade”.

³² BARROS, op. cit., 131-2.

³³ BARROS, op. cit., p. 133.

2.6 PROVAS ILÍCITAS

Como mais de uma vez ressaltado, vigora no processo penal o princípio da liberdade nos meios de prova. O direito à prova, efetivamente, implica a ampla liberdade de valer-se de quaisquer meios probatórios disponíveis.

Nesse diapasão, a regra é a admissibilidade das provas. Contudo, não raramente são verificadas exceções a referida regra, as quais precisam ser justificadas em virtude de motivo relevante.³⁴

Importante consignar o escólio de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

É que os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações.

Uma outra ordem de considerações também leva à necessidade de se colocarem limites ao direito à prova: o processo só pode fazer dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes.³⁵

As exceções ao princípio da liberdade nos meios de prova são vislumbradas, sobremaneira, diante da prova obtida sem o devido apreço às regras constitucionais ou legais.

Como não poderia deixar de fazê-lo, a Constituição Federal Brasileira de 1988, frente ao paradigma defensivo das garantias constitucionais, prescreveu, em seu artigo 5º, inciso LVI³⁶, a vedação às provas ilícitas, constituindo direito

³⁴ MOREIRA, op. cit., p. 107-8.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.113.

³⁶ Artigo 5º, LVI, CR: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

fundamental ao acusado a garantia a um procedimento judicial legítimo, em consonância com o *Due Process of Law*.³⁷

Nessa perspectiva, é a doutrina de Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha:

“Logo, por força de preceito constitucional, são proibidas em qualquer processo, seja ele judicial, seja administrativo, todas as provas cuja colheita, cuja obtenção, tenha como origem um meio ilícito”.³⁸

Tal norma, de fato, produz reflexos visíveis na busca pela verdade, justamente porque estabelece, nas palavras de Marco Antonio de Barros, “parâmetros rígidos de licitude aos procedimentos investigatórios que visam desvendá-la, os quais se coadunam com o espírito de legalidade e moralidade dos atos praticados pela Administração Pública”.³⁹

Como consequência, exige-se que a verdade seja alcançada com base em diligências lícitas, com a devida observância das regras atinentes ao devido processo legal. Nessa perspectiva, toda prova adquirida sem aludida atenção é vedada – até mesmo porque não se deseja que os agentes estatais transgridam regras na busca incondicional pela verdade.

A rigor, as vedações de utilização da prova podem ser de natureza processual ou extraprocessual.

Na primeira hipótese, a vedação tem por finalidade não permitir a utilização de provas cujo vício seja capaz de comprometer a veracidade da informação e, por conseguinte, induzir o julgador a erro – como, por exemplo, a exigência de exame de corpo de delito para infrações materiais. Já no segundo caso, o escopo da vedação é político, ou seja, a vedação existe para proteger outro bem jurídico – como exemplo dessa situação ressalte-se os privilégios de não testemunhar. Nessa perspectiva, o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas é estabelecido em

³⁷ ANDRADE, op. cit., p. 31-2.

³⁸ ARANHA, op. cit., p. 51.

³⁹ BARROS, op. cit., p.151.

virtude de uma finalidade política, qual seja criar um sistema processual que respeite os direitos fundamentais, ainda que em detrimento da verdade.⁴⁰

Ressalte-se que, mesmo na vigência da Constituição anterior, a doutrina e a jurisprudência já se manifestavam no sentido de ser a prova ilícita inadmissível, eis que não se demonstrava como legal ou moralmente legítima.⁴¹

Repetindo a vedação constitucional acerca das provas ilícitas, o Código de Processo Penal, em seu artigo 157 consignou: “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.*”

Tal dispositivo exige especial análise. A prova ilícita obtida em violação à norma constitucional viola alguma das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal.

Há, destarte, afronta a um mandamento constitucional. Um exemplo que pode ser destacado é a produção de prova oral sem a presença de advogado, a qual, evidentemente, ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Já a inadmissibilidade da prova obtida mediante violação de normas legais abre espaço para inúmeras possibilidades, de forma que referida vedação, em termos de obtenção, gera a classificação das provas ilícitas *lato sensu* em provas ilícitas em sentido estrito e provas ilegítimas, conforme se buscará demonstrar.⁴²

Resta incontestável, portanto, que o constituinte, ao adotar a terminologia “provas ilícitas”, valeu-se de conceito amplo cujo escopo é indicar aquilo que é, efetivamente, contrário à moral e aos bons costumes, reprovável pela opinião pública e proibido pelo direito.⁴³

⁴⁰ ÁVILA, op. it, 2006. p. 100.

⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Proibição da prova ilícita**: novas tendências do direito in provas ilícitas e reforma pontual. Coordenador Jaques de Camargo Penteado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997. p. 17.

⁴² BARROS, op. cit., p. 152-3.

⁴³ ARANHA, op., cit., p. 51.

2.6 PROVAS ILÍCITAS E PROVAS ILEGÍTIMAS

Conforme se buscou demonstrar, a prova ilícita é vedada em nível constitucional. Porém, o legislador constituinte não foi técnico ao utilizar o termo ilicitude, de forma que a questão conceitual acerca da prova ilícita ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Conforme asseverado, o termo provas ilícitas é gênero de duas espécies, quais sejam: prova ilícita em sentido estrito e prova ilegítima.

Referida classificação foi trazida à doutrina nacional, por meio da obra de Ada Pellegrini Grinover, intitulada *Liberdades Públicas e Processo Penal*, escrita em 1976 como tese para concurso para o cargo de professor titular de direito processual penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.⁴⁴

Segundo tal classificação, as provas ilícitas em sentido estrito são obtidas com violação às normas de direito material, enquanto que as provas ilegítimas são obtidas em desconformidade às normas processuais. Como exemplo de prova ilícita em sentido estrito, pode-se citar a prova obtida por meio da tortura – que é inadmissível pelo direito em qualquer situação. Já como exemplo de prova ilegítima, há de se ressaltar a confissão do acusado como forma de suprir a inexistência de laudo de exame de corpo de delito em infrações materiais, em total descumprimento ao artigo 158 do Código de Processo Penal. Ora, nesse caso, regras atinentes ao procedimento não foram devidamente observadas, o que acarretou, por conseguinte, a ilegitimidade da prova.⁴⁵

Nesse diapasão, a prova ilícita em sentido estrito, justamente por ferir normas de direito material – sobretudo de direito constitucional, em especial no que tange às liberdades públicas - é inadmissível, ao passo que a prova ilegítima, que desrespeita as regras processuais, é nula.

⁴⁴ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 101.

⁴⁵ BARROS, op. cit., p.153-4.

Com efeito, o momento de obtenção da prova é critério utilizado para diferenciar a inadmissibilidade de nulidade e pode ser tido como regra geral.⁴⁶ Em se tratando de prova obtida durante o processo, ante a não observância do procedimento para a sua realização, há nulidade (a prova será, destarte, ilegítima); contudo, se a prova foi obtida fora do processo com alguma violação, há a inadmissibilidade (e a prova é ilícita em sentido estrito).

Para sintetizar o exposto até o momento:

Afronta	Momento de obtenção	Consequência
Prova ilícita em sentido estrito	Obtida fora do processo	Inadmissível
Prova ilegítima	Obtida durante o processo	Ilegítima

Nesse sentido ensina Luiz Francisco Torquato Avólio:

[...] enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção no processo, a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este.⁴⁷

Questão relevante surge quando se considera o caráter analítico da Constituição Federal Brasileira de 1988, de forma que a linha que separa o plano da constitucionalidade e da legalidade revela-se, por vezes, tênue. Cumpre salientar: correspondências difusas entre o texto legal e a previsão constitucional não são capazes de gerar o acionamento da garantia da inadmissibilidade da prova, de forma que se exige uma correspondência direta. No mais, é imprescindível que a lesão tenha suficiente intensidade constitucional.

⁴⁶ Referido critério se torna inócuo diante da prova emprestada: ainda que seja obtida em consonância com o devido processo legal, a sua admissão violará o princípio do contraditório caso não tenham participado do processo original as mesmas partes envolvidas no litígio em que a prova emprestada seria útil.

⁴⁷ AVÓLIO, op. cit., p. 43.

Isso significa que nem toda violação à norma de direito penal ofenderá, de forma automática, a regra da inadmissibilidade da prova, eis que nem todo tipo penal possui correspondência direta com uma previsão constitucional ou produz lesão suficiente para acionar a garantia, não obstante a maioria dos bens jurídicos penalmente tutelados efetivamente guardar relação com os direitos constitucionais.⁴⁸

Outra observação de extrema relevância diz respeito ao fato de a prova ilícita não alcançar os direitos fundamentais de natureza processual. Vale dizer, a inadmissibilidade trazida pela Carta Constitucional está vinculada ao meio de obtenção da prova, ou seja, com o direito que foi violado para consequente obtenção da prova. Apenas a título de exemplo, uma interceptação telefônica deficiente não gera a ilicitude da prova, mas a sua nulidade, eis que o meio para obtenção da prova foi, de fato, lícito, em que pese haja transgressão da norma processual.

Existindo suficiente correspondência e intensidade entre a norma processual e a norma constitucional processual haverá nulidade absoluta – e, por conseguinte, ausência de efeitos processuais da prova. Porém, se a lesão não for direta, a nulidade será relativa, sendo necessária a verificação de prejuízo, preclusão e inexistência de convalidação.⁴⁹

A consequência prática da prova ilícita em sentido estrito (inadmitida) e da prova ilegítima (nula) é, no entanto, a mesma, qual seja: faz-se imperioso o seu desentranhamento dos autos, conforme determina o já mencionado artigo 157 do Código de Processo Penal.⁵⁰

2.7 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO

O legislador ordinário, no parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, dispôs: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”. Destarte, o que se vislumbra é que, além da vedação às provas originariamente ilícitas, há a

⁴⁸ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 102-3.

⁴⁹ Ibid., p. 104.

⁵⁰ Para fins deste trabalho, a denominação provas ilícitas será utilizada tanto para as provas ilícitas em sentido estrito, como para as provas ilegítimas, tendo em vista a mesma consequência prática.

inadmissibilidade da utilização de quaisquer elementos que direta ou indiretamente delas são derivados.

O tema das provas ilícitas por derivação diz respeito às hipóteses em que a prova foi obtida de maneira lícita, no entanto a partir de informação extraída de uma prova obtida por meio ilícito.

Ensinam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo.⁵¹

[...] É o caso da confissão extorquida mediante tortura, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regularmente apreendido; ou da interceptação telefônica clandestina, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levam à apuração dos fatos.⁵²

No direito brasileiro, o tema é conhecido como teoria dos frutos da árvore envenenada, segundo a qual a prova ilícita é uma árvore contaminada e, como consequência desse vício, todos os frutos oriundos dessa árvore também estão maculados.

Referida doutrina é de origem norte-americana e é decorrente do precedente *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, sendo denominada *fruit of the poisonous tree*.

Antes mesmo de ser positivada pelo direito pátrio, a jurisprudência há tempos vinha reconhecendo a validade dessa doutrina⁵³, até mesmo por se revelar necessária à proteção de valores constitucionais.

Cumprido consignar:

⁵¹ GRINOVER, op. cit., p.120.

⁵² RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 33.

⁵³ Nesse sentido, julgou Pretório Excelso: HC 69.912-0/RS, HC 75.558/PB, HC 73.351-4/SP.

[...] Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal [...] A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.⁵⁴

Faz-se relevante salientar que a contaminação por derivação é, antes mesmo de ser regra, uma exceção⁵⁵.

Como limitações à teoria dos frutos da árvore, a doutrina norte-americana destaca: *The Independent Source Limitation*, *The Inevitable Discovery Limitation*, *The Purged Taint Limitation* e *The Good Faith Exception*.

A limitação da fonte independente (*The Independent Source Limitation*) determina que "se há duas fontes, sendo uma dessas ilícita e a outra válida, não se contamina a prova derivada, pois havia uma outra fonte independente e válida a sustentar sua produção".⁵⁶

Já a limitação da descoberta inevitável (*The Inevitable Discovery Limitation*) ensina que a prova decorrente de uma violação constitucional poderá ser admitida quando de forma inevitável fosse sua descoberta por meios legais.

A limitação da descontaminação (*The Purged Taint Limitation*), por sua vez, se dá quando, ainda que haja ilicitude da prova derivada, esta possa ser purificada, como por exemplo, por uma confissão espontânea posterior.

⁵⁴ STF, HC 93.050/RJ, Segunda Turma, Relator Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 10/06/2008.

⁵⁵ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 108.

⁵⁶ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 157.

Por fim, a limitação da boa-fé (The Good Faith Exception) ocorre quando a autoridade acredita estar, efetivamente, agindo legalmente, contudo está em erro.⁵⁷

No direito brasileiro, por seu turno, a derivação da ilicitude apenas é verificada diante de um liame causal entre a prova originária (árvore envenenada) e as provas dela derivadas (frutos da árvore envenenada). Nessa perspectiva, de acordo com o texto legal, não serão tidas como ilícitas aquelas provas obtidas por meio de fonte independente daquela maculada – até mesmo, porque, conforme determina o parágrafo 2º do artigo 157: “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.⁵⁸

Em suma, o Código de Processo Penal nega a caracterização da prova ilícita por derivação em duas situações, quais sejam: “a) quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras; b) quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.⁵⁹

Deste modo, a análise do caso concreto possui elevada importância, eis que o nexo de causalidade entre as provas é fator determinante para se vislumbrar a derivação da ilicitude.

Importante consignar que o tema da prova ilícita por derivação, por vezes, encontra arrimo no critério da proporcionalidade. Nas diversas vezes que analisou o tema, o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, realizou a ponderação de interesses por meio da proporcionalidade para mitigar a vedação constitucional e reconhecer a possibilidade de utilizar a prova derivada da ilícita.

No julgamento do *Habeas Corpus* 69.912-0/RS pela Corte Constitucional, imperioso salientar parte do voto do Ministro Sydney Sanches:

[...] a Polícia grava, ilicitamente, uma conversa telefônica, e com isso toma conhecimento de que o marido foi o autor do homicídio que vitimou sua mulher, e cujo corpo estava desaparecido. Diante disso,

⁵⁷ EL TASSE, Adel; MILÉO. Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. **O novo sistema de provas no processo penal**: comentários à Lei 11.690/08. Curitiba: Juruá, 2008. p. 46–7.

⁵⁸ A jurisprudência, por seu turno, admite outras exceções à prova ilícita por derivação, conforme se buscará demonstrar em momento oportuno.

⁵⁹ BARROS, op. cit., p. 155.

a Polícia realiza diligências e consegue localizar o corpo da vítima, verifica pericialmente que foi atingida por disparos de arma de fogo, identifica o revólver, localiza-o em poder do marido, procede aos exames necessários e verifica que os projéteis encontrados na vítima procederam daquela arma, que apresentava resíduos dos disparos recentes. Em seguida, obtém depoimentos de testemunhas que viram o marido, em companhia da mulher, num carro, assistiram a discussão entre o casal, viram o marido efetuar os disparos, viram a vítima cair fora do veículo, viram-no levá-la para dentro do carro, fugindo, em seguida, com o automóvel e a vítima, para lugar ignorado. Tais testemunhas reconheceram o acusado e a vítima. O marido confessa, perante a Polícia e em Juízo, que realmente matou a mulher, dizendo, inclusive, quais foram os motivos. Em Juízo tudo se repete.

E, no entanto, não se poderia apoiar a condenação em todas essas provas, minuciosas e cabais, só porque o fio da meada foi uma prova ilícita, como a gravação não autorizada?⁶⁰

A indagação realizada pelo ministro aborda questão precípua, qual seja: a vedação da prova ilícita deve ser considerada um mandamento inabalável, ou, poderia a inadmissibilidade das provas ilícitas ser mitigada a fim de preservar garantias da sociedade.

Abordar tal problema é, efetivamente, o escopo deste trabalho.

⁶⁰ STF, HC 69.912-0/RS, Tribunal Pleno, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 29/06/1993, Data de Publicação: DJ 26-11-1993 PP-25532 EMENT VOL-01727-02 PP-00321 - *Grifo nosso*.

3. A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E SUAS LIMITAÇÕES

3.1 A VEDAÇÃO À PROVA ILÍCITA COMO REGRA JURÍDICA

É inegável a existência de uma tensão entre o direito à prova e a inadmissibilidade das provas ilícitas. Vale dizer, de um lado há um direito fundamental decorrente da garantia de acesso ao Poder Judiciário – e que expressa a necessidade de proteção penal - enquanto, de outro, há a garantia individual de que uma prova obtida por meios ilícitos seja vedada.⁶¹

Nessa perspectiva, a questão que surge diz respeito à possibilidade de a vedação às provas ilícitas se sujeitar a eventuais limitações, a fim de proteger outros direitos fundamentais.

Para tanto, antes de analisar hipóteses concretas, faz-se imprescindível verificar se tal vedação, consagrada no mencionado artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal Brasileira, corresponde a uma regra ou a um princípio constitucional.

3.1.1 Distinção entre princípios e regras jurídicas

A distinção entre princípios e regras, efetivamente, não é tema novo. Segundo a classificação de Robert Alexy⁶², princípio e regra são espécies de um mesmo gênero: a norma, a qual tem por função precípua estabelecer juízos concretos de dever-ser.

Seguindo os ensinamentos de Humberto Ávila⁶³, vários são os autores que propuserem definições para as espécies normativas. Para Josef Esser, princípios são as normas que estabelecem fundamentos para que um mandamento seja encontrado. A distinção, portanto, entre princípios e regras é qualitativa.

⁶¹ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 108.

⁶² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 86- 120.

⁶³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 38-91.

Nessa mesma perspectiva, Karl Larenz⁶⁴ define os princípios como normas de extrema importância que ensejam, direta ou indiretamente, normas de comportamento; indicariam a direção em que está situada a regra.

Canaris⁶⁵, por seu turno, afirmou que duas características distinguiriam os princípios das regras. Em primeiro lugar, os princípios possuem um conteúdo axiológico explícito e carecedor de regras para a sua concretização. Em segundo lugar, os princípios, diferentemente das regras, apenas recebem conteúdo por meio de um processo dialético de complementação e limitação.

Foi apenas na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios ganhou importante contribuição. Com o objetivo de atacar o positivismo, Ronald Dworkin estabeleceu que as regras são aplicadas na medida do *tudo ou nada*, sendo que, ante um conflito de regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, por seu turno, apenas contem fundamentos e possuem, ao contrário das regras, uma dimensão de peso, demonstrável diante da colisão entre princípios, hipótese em que um irá se sobressair, sem que o outro seja invalidado.

Robert Alexy⁶⁶, partindo dos estudos de Ronald Dworkin, afirmou que as regras são, de fato, normas que sempre serão satisfeitas ou não satisfeitas. Isto é, se uma regra é válida, deve se fazer aquilo que ela prescreve. As regras possuem, dessa forma, determinações do que é fático e juridicamente possível.

Ressalte-se, ademais, que mencionada diferenciação entre regras e princípios se torna mais evidente diante da colisão entre princípios e dos conflitos entre regras. Nesse sentido, salienta Robert Alexy:

Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios.⁶⁷

De efeito, se há um conflito entre regras, este apenas pode ser solucionado caso seja introduzida, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o

⁶⁴ ÁVILA, op. cit., 2012. p. 38.

⁶⁵ Ibid., p. 39.

⁶⁶ Ibid., p. 40.

⁶⁷ ALEXY, op. cit., p. 92.

conflito, ou se pelo menos uma das regras em conflito for tida como inválida e, por conseguinte, extirpada do ordenamento jurídico.

Ainda seguindo tal escólio, se há uma colisão entre princípios, um deles deve ceder à luz do caso concreto ante a ponderação de interesses – e isto não significa a inserção de cláusula de exceção, nem sequer a invalidade de um dos princípios. De efeito, uma das formas de realizar a ponderação de interesses no caso concreto se dá por meio da utilização do critério da proporcionalidade.

Disso surge a definição de princípios como deveres de otimização aplicáveis em vários graus, de acordo com as possibilidades normativas e fáticas. Nessa toada, a distinção entre princípios e regras, conforme Robert Alexy, não pode estar baseada na forma *tudo ou nada* – conforme preceituou Ronald Dworkin -, mas deve ser resumida em dois fatores, conferidos por Humberto Ávila:

[...] *diferença quanto à colisão*, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação* que instituem, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.⁶⁸

Para Luis Roberto Barroso⁶⁹, no contexto de constitucionalismo moderno há uma verdadeira reaproximação entre ética e Direito. De fato, os valores tidos como diretrizes de uma sociedade, em determinado momento e local, são materializados em princípios e passam a encontrar abrigo na Constituição, de forma implícita ou explícita. Os princípios constitucionais passam, destarte, a ser a verdadeira síntese dos valores compartilhados por toda a sociedade. Nessa perspectiva assevera Luis Roberto Barroso:

⁶⁸ ÁVILA, op. cit., 2012. p. 41-2.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano 1, v. 1, n. 6, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2011-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2013. p. 20-8.

Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. De parte isto, servem de guia para o interprete, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papeis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.⁷⁰

Nessa perspectiva, importante ressaltar o escólio de Walter Claudius Rothenburg:

Convém aqui superar um paradoxo aparente: as regras aplicam integralmente os princípios, porém é impossível traduzi-los integralmente. As regras jurídicas nunca conseguem expressar e pormenorizar completamente os princípios, de modo que se possa pretender que um princípio tenha sido inteiramente desenvolvido. Os princípios são manancial inesgotável, fonte permanente de outras normas, em sua “inexaurível virtualidade” – para usar a elegante expressão de Emilio Betti, citado por Bonavides (1994:241) -, e, independentemente de quanto forem retomados, eles continuam podendo inspirar novas e antigas regras. Nesse sentido, os princípios traduzem aspirações infinitas (veja-se, num sentido semelhante, Bastos e Brito 1982: 83-5): por mais generoso que um ordenamento jurídico seja, contemplando inúmeras regras que desenvolvam, por exemplo, o princípio da dignidade humana, este permanece, sempre disposto a aceitar novas regras que persigam o ideal, sempre norteando a aplicação das regras já existentes. Para tanto, é certo dizer-se que as demais normas jurídicas jamais esgotam os princípios, que elas somente conseguem expressá-los de maneira incompleta.⁷¹

Diante do aludido paradoxo, a grande dificuldade é, de fato, atinente à distinção entre regras e princípios.

De efeito, para diferenciá-los, existem critérios, dentre eles pode-se destacar: (i) critério do caráter hipotético-condicional; (ii) critério do modo final de aplicação e (iii) critério do relacionamento normativo. É inegável a relevância desses critérios, eis que apontam para qualidades a serem examinadas pelo Direito.

Eles não estão imunes a críticas, conforme doravante se buscará demonstrar.

⁷⁰ BARROSO, op. cit., p. 20.

⁷¹ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1999. p. 30.

3.1.2 Critérios para distinção entre princípios e regras e suas análises críticas

3.1.2.1 Critério do caráter hipotético-condicional

Referido critério se fundamenta no fato de que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, ao passo que os princípios somente indicam o fundamento que deve ser utilizado pelo aplicador para, após, encontrar a regra que deve ser aplicada à luz do caso concreto.

Com efeito, tal critério é relevante eis que revela que as regras possuem um elemento descritivo, enquanto os princípios estabelecem diretrizes. Porém, conforme escólio de Humberto Ávila⁷², esse critério está sujeito a críticas.

A primeira delas diz respeito à imprecisão do referido critério. Vale dizer, em que pese ser correta a alegação de que os princípios indicam diretrizes para a obtenção posterior da regra, tal distinção não fornece os fundamentos que indicam qual o primeiro passo para encontrar a regra. Da forma como está enunciado, o critério ainda contribui para que o aplicador compreenda a regra fornecendo, desde logo, o último passo para a descoberta do conteúdo normativo. Contudo, é cediço que o conteúdo normativo de qualquer norma depende de inúmeras possibilidades fáticas e jurídicas, logo, o último passo não é conferido pelo dispositivo, mas pela decisão interpretativa.

A existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação linguística e não é, destarte, elemento distinto de uma espécie normativa.

Ainda que determinado dispositivo tenha sido formulado de modo hipotético pelo Poder Legislativo isso não significa que não pode ser interpretado como princípio. A relação entre as normas constitucionais e seus fins não está concluída antes da interpretação. Pelo contrário. Nos limites textuais e contextuais, ela é conferida pelo intérprete.

Imperioso destacar um dos exemplos citados por Humberto Ávila:

⁷² ÁVILA, op. cit., 2012. p. 43-8.

O dispositivo constitucional segundo o qual se houver instituição ou aumento de tributos, *então* só pode haver cobrança no exercício seguinte àquele em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, é aplicado como *regra* se o aplicador entendê-lo como mera exigência de publicação da lei antes do início do exercício financeiro da cobrança, ou como *princípio* se o aplicador concretizá-lo coma finalidade de realizar o valor *previsibilidade* para proibir o aumento de tributo quando o contribuinte não tenha condições objetivas mínimas de conhecer o conteúdo das normas que estará sujeito a obedecer, ou para postergar o reinício da cobrança de tributo cuja isenção foi revogada no curso do exercício financeiro.⁷³

Resta evidente, destarte, que por meio de um único dispositivo pode ser gerada mais de uma norma.

Por fim, não é correto asseverar que os princípios, ao contrário das regras, não possuem hipóteses de incidência e consequências normativas. De fato, o fim a que o princípio se destina deve ser apreciado à luz do caso concreto.

3.1.2.2 Critério do modo final de aplicação

Segundo o entendimento de alguns autores, as regras são aplicadas de modo absoluto, são pautadas no *tudo ou nada*, enquanto os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*.

Mais uma vez seguindo a doutrina de Humberto Ávila⁷⁴, tem-se que referido critério, inobstante tenha chamado a atenção para aspectos importantes das normas jurídicas, merece reformulação.

A princípio, insta consignar que o modo de aplicação não está pautado pelo texto objeto de interpretação, mas decorre de conexões axiológicas que são construídas pelo intérprete – e, portanto, são mutáveis. De fato, muitas vezes o caráter absoluto de uma regra pode ser alterado conforme as circunstâncias do caso. Aduz Humberto Ávila:

A norma construída a partir do art. 224 do Código Penal, ao prever o crime de estupro, estabelece uma presunção incondicional de violência para o caso de vítima ter idade inferior a 14 anos. Se for

⁷³ ÁVILA, op. cit., 2012., p. 46.

⁷⁴ Ibid., p. 49–55.

praticada uma relação sexual com menor de 14 anos, então deve ser presumida a violência por parte do autor. A norma não prevê qualquer exceção. A referida norma, dentro do padrão classificatório aqui examinado, seria uma regra, e como tal, instituidora de uma obrigação absoluta: se a vítima for menor de 14 anos, e a regra for válida, o estupro com violência presumida deve ser aceito. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos, atribuiu tamanha relevância a circunstâncias particulares não previstas pela norma, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes. Isso significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias não previstas pela própria ou outra regra.^{75 76}

Resta nítido que a consequência estabelecida *prima facie* pela norma pode deixar de ser aplicada à luz do caso concreto, uma vez que aferidas razões substanciais; sendo assim, é incorreto afirmar que as regras são aplicadas no *modo tudo ou nada*.

Ressalte-se, ademais, a existência de normas que contem expressões cujo âmbito de aplicação não é delimitado, incumbindo ao intérprete decidir pela incidência ou não da norma diante do caso concreto.

Em suma: as regras não estão sujeitas ao *modo tudo ou nada*, eis que se submetem ao processo interpretativo para verificar a possibilidade de serem aplicadas à hipótese concreta.

Há nítida aproximação entre regras e princípios, sendo que a única diferença diz respeito ao grau de abstração. Em outras palavras: o grau de abstração dos princípios é maior se comparado ao das regras, na medida em que eles não estão vinculados de forma abstrata a uma situação específica. Já as regras tem consequências facilmente vislumbradas – o que não significa que não devem ser interpretadas à luz do caso concreto e, eventualmente, superadas.

É imperioso salientar, desde logo, que as regras não podem ser simplesmente superadas. Embora possam ser ponderadas, pode-se assegurar que aquilo que caracteriza as regras é, justamente, o seu grau de rigidez que apenas

⁷⁵ ÁVILA, op. cit., 2012. p. 49.

⁷⁶ O artigo 224, do Código Penal, foi revogado pela Lei nº 12.015 de 2009.

pode ceder diante de situações excepcionais e diante do cumprimento de requisitos específicos – as regras possuem, comumente, maior densidade normativa, se comparadas aos princípios.

3.1.2.3 Critério do conflito normativo

Conforme ensinam alguns autores, os princípios poderiam se distinguir das regras conforme o modo como funcionam diante de conflito normativo. Para eles, a antinomia entre as regras é um verdadeiro conflito, que apenas pode ser resolvido mediante a declaração de invalidade de uma delas ou ante a criação de uma cláusula de exceção. Já a colisão entre princípios – por possuírem uma dimensão de peso - apenas pode ser decidida mediante ponderação.

Tal critério há de ser aprimorado. Mais uma vez valendo-se das lições de Humberto Ávila⁷⁷, verifica-se que a ponderação não é método privativo dos princípios, que também não possuem uma dimensão de peso.

Vale dizer, a ponderação pode ser utilizada como critério nas regras. Em primeiro lugar, a ponderação ocorre nos casos de regras que abstratamente convivem, mas que podem concretamente entrar em conflito. Ao contrário do entendimento plenamente difundido, é possível que tais regras entrem em conflito sem que uma delas perca a sua validade, sendo que a solução para o aludido conflito pende da atribuição de valor conferido a cada uma delas.

Apenas a título de exemplo, preceitua Humberto Ávila:

[...] uma regra do Código de Ética Médica determina que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. Mas como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade? Casos hipotéticos como esse não só demonstram que o conflito entre regras não é necessariamente estabelecido em nível abstrato, mas pode surgir no plano concreto, como ocorre normalmente com os

⁷⁷ ÁVILA, op. cit., p. 57-70.

princípios. Esses casos também indicam que a decisão envolve uma atividade de sopesamento entre razões.⁷⁸

Em casos como esse, fica evidente que o conflito entre regras não será solucionado no plano da validade, mas sim no plano da aplicação.

Nas hipóteses de relação entre a regra e suas exceções, pode haver uma ponderação de razões. Tal exceção pode estar prevista no próprio ordenamento jurídico, ou fora dele. Também para exemplificar, a legislação de um Município pode estabelecer, ao instituir regras de trânsito, que a velocidade máxima no perímetro urbano é de 60 km/h. Se algum veículo for fotografado acima dessa velocidade, será multado. Tal norma seria, sem nenhuma dúvida, uma regra, e dentro da tipologia imposta, absoluta.

O Departamento de trânsito pode deixar de aplicar tal multa se for comprovado, mediante boletim de ocorrência, que o veículo trafegava acima da velocidade, pois conduzia passageiro gravemente ferido ao hospital. Nessa hipótese, inobstante tenha sido concretizada a hipótese normativa, o aplicador, com base em outras razões, pode descumprir a regra baseado em outras razões – há, destarte, sopesamento de circunstâncias e argumentos.⁷⁹

Ainda que o intérprete decida pela inaplicabilidade de uma das regras no caso concreto, isto não significa que ela não é relevante para a tomada de decisão. Nessa perspectiva, ensina Humberto Ávila:

Mesmo deixando de ser aplicada, uma regra pode funcionar como contraponto valorativo para a interpretação da própria aplicável, hipótese em que, longe de em nada contribuir para a decisão, a regra não aplicada concorre para a construção – mediante procedimento de aproximação e afastamento – do significado da regra aplicada.⁸⁰

Tecidas essas considerações, resta incontestemente que a atividade de ponderação não é privativa dos princípios.

⁷⁸ ÁVILA, op. cit., 2012. p. 58.

⁷⁹ Ibid., p. 59.

⁸⁰ Ibid., p. 61–2.

Regras e princípios são normas de caráter provisório e, por assim serem, podem ser ultrapassadas diante de razões consideradas mais relevantes.

Destarte, valendo-se, mais uma vez do escólio de Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação de correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁸¹

Em síntese, pode-se concluir que, no que tange à diferenciação entre regras e princípios, em primeiro lugar, as regras são diferentes dos princípios na natureza da descrição normativa.

Vale dizer, enquanto as regras tendem a descrever objetos determináveis, os princípios descrevem um estado ideal de coisas.

Há diferenciação no que toca à natureza da justificação: as regras exigem correspondência entre o fato praticado e a hipótese normativa, já os princípios exigem uma análise da correlação positiva entre os efeitos da conduta e o estado de coisas a ser efetuado.

Por fim, a distinção também diz respeito à natureza da contribuição para solução dos conflitos. Isto é, as regras tem previsão de decidibilidade, visam a proporcionar uma solução provisória, enquanto os princípios tem pretensão de complementaridade, pois servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução do conflito.⁸²

⁸¹ ÁVILA, op. cit., 2012. p. 85.

⁸² Ibid., p. 90.

Tecidas essas considerações, tem-se que o disposto no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988 constitui, efetivamente, uma regra jurídica, eis que estabelece uma verdadeira norma para o caso concreto.

Conforme asseverado, inobstante o entendimento de determinada doutrina, a regra não está sujeita ao critério do *tudo ou nada*, mas pode, de fato, valer-se da ponderação de interesses no caso concreto.

De fato, a chamada *ponderação de interesses* é a técnica utilizada para estabelecer o peso relativo de cada um dos direitos colidentes. Logo, à vista do caso concreto, devem ser realizadas concessões recíprocas a fim de que um resultado socialmente esperado seja alcançado.

Não incumbe, nesse diapasão, ao legislador escolher, de maneira arbitrária, um dos interesses em jogo, anulando o outro, sob pena de, efetivamente, violar o texto constitucional.

Tal balizamento pode ser realizado por meio do critério da proporcionalidade ou razoabilidade⁸³ que, na colisão de direitos fundamentais, revela-se essencial para a escolha da melhor solução jurídica, a qual deve ser construída com base em argumentação coerente, a fim de evitar decisões sem base científica.⁸⁴

Tal critério da razoabilidade ou da proporcionalidade é um mecanismo utilizado para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa, de forma que autoriza o Judiciário a invalidar atos legislativos ou administrativos quando: (i) inexistir adequação entre o fim perseguido e o meio utilizado; (ii) a medida não for exigível ou necessária, existindo caminho alternativo para alcançar o mesmo resultado, com menor ônus a um direito individual; (iii) não houver proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a medida gerar mais perdas do que ganhos. Tal critério não é sinônimo de ampla liberdade ao magistrado, mas abre ao Judiciário uma

⁸³ Neste trabalho, não serão aprofundadas as distinções entre a razoabilidade e a proporcionalidade.

⁸⁴ Conforme se buscou demonstrar, neste trabalho entendemos que o critério da proporcionalidade pode ser aplicado não apenas diante da colisão entre princípios, mas também ante o balizamento de regras jurídicas.

estratégia de ação que visa a alcançar o melhor resultado, ainda que não seja o único possível.⁸⁵

Com efeito, o processo penal tem por escopo não apenas a defesa individual dos indivíduos, mas a pacificação social, de forma que a relativização da inadmissibilidade das provas ilícitas é admissível, justamente para o desiderato de manter a harmonia do sistema constitucional que é uno.

Feitas estas considerações, é forçoso convir que o problema maior diz respeito aos fatores que são capazes de ensejar, no caso concreto, a relativização da regra da inadmissibilidade das provas, sem que haja efetivo desrespeito aos demais direitos fundamentais, conforme se buscará abordar adiante.

3.2 A COMPATIBILIDADE DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 – O CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO NA SEGUNDA ERA DA MODERNIDADE

É incontestável a atual ingerência do Direito Constitucional nos demais ramos do direito, sendo evidente a necessidade de observância dos preceitos trazidos na ordem constitucional, especialmente daqueles que dizem respeito aos direitos fundamentais. Essa tendência, contudo, é fruto de um longo caminho, a princípio marcado pelo Estado Liberal, de natureza não intervencionista, que, com o passar do tempo, passou a assumir as tarefas de um Estado de cunho social. Nessa perspectiva, a evolução dos direitos fundamentais está atrelada à mudança de paradigma estatal.⁸⁶

O Estado Liberal, típico do século XVIII, foi marcado pela ausência de intromissão na vida do indivíduo. Nesse modelo, incumbia ao Estado, tão somente, positivizar direitos fundamentais por meio da Constituição e estabelecer a sua separação com o indivíduo. Vale dizer, é incontestado que a liberdade individual era concebida como valor máximo, tendo em seu fundamento ideais junaturalistas, os quais sustentavam que existiam garantias independentemente de positivação no texto constitucional, pois se tratavam de direitos intrínsecos ao homem.

⁸⁵ BARROSO, op. cit., 2003. p. 23-5.

⁸⁶ ANDRADE, op. cit., p. 40-6.

Diante da possibilidade de insegurança jurídica - que era característica do jusnaturalismo -, surgiu o movimento positivista do século XIX, o qual passou a se preocupar com a declaração formal dos direitos fundamentais, conferindo, dessa maneira, maior importância ao Poder Legislativo. Esta foi a denominada fase de codificação dos direitos fundamentais.

Ao longo do século XIX, tal modelo passou a degenerar, pois maior intervenção do direito nas relações sociais foi necessária – a mera positivação das liberdades públicas restou insuficiente.

Nessa toada, há um deslocamento da visão individualista para uma preocupação social, movimento este que se convencionou chamar de constitucionalismo social.

Com base nessa corrente de pensamento, surgem as primeiras Constituições Sociais: no México, em 1917, e Weimar, em 1919. Referido modelo passa a exigir uma postura ativa por parte do Estado, sobretudo na concretização dos direitos fundamentais.

Destarte, o foco de atenção deixa de ser o Poder Legislativo e passa a se concentrar no Executivo, que se revela como encarregado para colocar em prática os mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais; no entanto, a mera previsão de um Estado Social não se demonstrou satisfatória.

E, sobretudo, diante dos incomensuráveis horrores cometidos na Segunda Guerra Mundial, restou evidente que inúmeros direitos fundamentais ainda não estavam assegurados.⁸⁷

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos

⁸⁷ CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31: “como reação ética às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, foi aprovada, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sob o pálio da liberdade, da igualdade e da fraternidade, resgatando-se, assim, os ideais da Revolução Francesa”.

Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador.⁸⁸

Exsurge, dessa maneira, como um movimento pós-positivista, o neoconstitucionalismo, que traz intrínseca a ideia de Estado Democrático de Direito, cujos pilares são a obrigatoriedade de implementação de ideais democráticos e dos direitos fundamentais individuais e sociais.

Nas palavras de José Carlos Francisco:

[...] a despeito do acerto quanto ao emprego da expressão neoconstitucionalismo (se pudéssemos escolher, preferiríamos “constitucionalismo” na segunda era da modernidade), parece-nos certa e objetivamente verificável a existência de importantes transformações em andamento no significado objetivo ou analítico de constitucionalismo. Como acima observamos, neste estudo temos como pressuposto circunstâncias verificadas em diversos países (incluindo o Brasil), desde meados do século XX, que apontam para a superação do Estado Legislativo de Direito e do constitucionalismo formal (marcado por ordenamentos constitucionais que cuidavam da estrutura formal do poder político e davam proeminência ao Legislador Ordinário no cenário normativo) em favor do Estado Constitucional de Direito e do constitucionalismo material (segundo o qual ordenamentos constitucionais ampliam seu alcance para várias áreas e ainda incidem diretamente em casos concretos, maximizando a efetivação de seus comandos, sobretudo quanto a direitos fundamentais).

Essas transformações revelam a ampliação do papel das constituições nas sociedades modernas e o alinhamento de grande parte dos países a valores fundamentais que orientam a ordem internacional, daí porque o emprego de princípios fundamentais e conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento constitucional representa medida para permitir a plasticidade ou flexibilidade necessária para fazer frente ao ambiente dinâmico (ou líquido), técnico e pluralista da internacionalizada sociedade contemporânea. O fortalecimento das constituições e o emprego de princípios e de conceitos jurídicos indeterminados vêm acompanhados da ampliação dos mecanismos de controle de constitucionalidade e, portanto, do maior relevo do Poder Judiciário e das Cortes Constitucionais que

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 9, mar./maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007_LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 23 maio 2013. p. 5.

trabalham para a construção de soluções constitucionalmente justas (adaptadas à realidade e vinculada ao Estado de Direito).⁸⁹

Esse movimento reforça a ideia de que a Constituição tem força normativa. Ou seja, possui poder vinculante com relação à sociedade e ao Estado.

Nesse sentido, para Pablo Castro Miozzo, o neoconstitucionalismo

[...] é uma síntese, que busca rejuvenescer e coordenar os ideais jusnaturalistas, de materialidade do direito, característicos do pensamento que sustentou a criação do Estado de Direito, com a noção de segurança jurídica e de não transcendentalidade, que marcou o pensamento juspositivista. Por tal motivo, alguns autores convencionaram chamar esse movimento de pós-positivismo.⁹⁰

Foi nessa conjuntura pós-positivista que a Constituição Federal Brasileira de 1988 foi promulgada. Até então, o que se vislumbrava era a primazia da lei, em detrimento das normas constitucionais, sendo que o decreto e a portaria possuíam ainda maior valor que a lei – revelando a consequente primazia do executivo.⁹¹

Insta consignar, ainda, que no Brasil, no contexto de regime ditatorial, a segurança nacional era valor hierarquicamente superior às garantias individuais. Desse modo, incontáveis eram as arbitrariedades cometidas em nome do Estado em prol da segurança nacional, as quais ocorriam, sobretudo, em razão da ausência de dispositivos legais eficientes para limitar os meios utilizados pelo Estado para a persecução penal, possibilitando, por conseguinte, inúmeras escutas telefônicas desautorizadas, invasões de domicílio sem o necessário mandado judicial e a utilização de tortura como meio para obter a prova.⁹²

Nessa perspectiva, a regra da inadmissibilidade da prova ilícita representa a síntese de um momento político e histórico na realidade brasileira contra as

⁸⁹ FRANCISCO, José Carlos. (Neo) constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça pluralista. In: _____. (Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 52-3.

⁹⁰ MIOZZO, Pablo Castro. **A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 30-31.

⁹¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar., 2007. p. 107.

⁹² CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 84-5.

mencionadas afrontas cometidas durante a ditadura militar. Representa um sistema no qual os abusos aos direitos fundamentais tornaram-se intoleráveis.

De fato, o Estado está obrigado não apenas a se abster de intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como também deve protegê-los contra agressões ensejadas por atos de terceiros. O Estado, destarte, é guardião desses direitos. Portanto, incumbe ao poder estatal não somente positivá-los, mas tomar todas as providências cabíveis para que sejam concretizados.⁹³

A Constituição Federal de 1988, efetivamente, prestigiou a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o constituinte optou pela criação de uma garantia apta a evitar as violações sistemáticas aos direitos fundamentais, com o escopo de fortalecer a nova cultura democrática. Portanto, a regra da vedação às provas ilícitas é uma das formas de expressão da necessidade de se proteger os direitos fundamentais.⁹⁴

Importante ressalva faz José Carlos Barbosa Moreira:

Se puxarmos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantermos por largo tempo, quando seja liberado ele fatalmente se moverá com força equivalente no sentido oposto.

[...] a melhor forma de coibir um excesso e de impedir que se repita não consiste em santificar o excesso oposto.⁹⁵

Com isso não se deseja negar a importância da regra instituída no artigo 5º, LVI, da Carta Constitucional. No entanto, tal regra não pode ser levada às últimas consequências, não há de ser considerada como algo absoluto e intocável, pois assegura a democracia; assim como outros direitos fundamentais com os quais pode, eventualmente, colidir.

De fato, é fenômeno comum ao constitucionalismo contemporâneo a existência de colisões entre as normas constitucionais. Com efeito, as Constituições

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fundamentais.htm>. Acesso em: 5 maio 2013.

⁹⁴ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 118.

⁹⁵ MOREIRA, op. cit., p. 122.

modernas são documentos dialéticos e consagram bens jurídicos contrapostos e, havendo a colisão de duas normas de igual hierarquia, faz-se imprescindível a atuação do intérprete – que criará o Direito no caso concreto.⁹⁶

3.3 RISCOS DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA COMPREENDIDA COMO MANDAMENTO INSTRANSPONÍVEL

Com efeito, uma norma não pode ser tratada de maneira intransigente. Como se buscou demonstrar, a liberdade desenfreada nos meios de prova, sobretudo na conjuntura da ditadura militar brasileira, implicou verdadeiras atrocidades aos direitos fundamentais, de forma que se tornou imperioso consagrar a vedação às provas ilícitas como regra constitucional que traduz valores essenciais à convivência no contexto de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido:

[...] Indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. **É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático.** A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados.⁹⁷

A inadmissibilidade incondicional das provas ilícitas também ocasiona violência, eis que admite arbitrariedades do individualismo sobre o bem comum. Nessa perspectiva, crimes que ocasionam lesão o erário público são, na sua maioria, cometidos com o abuso do próprio direito à privacidade. Nos exemplos de superfaturamento de obras e serviços públicos, é cediço que os acordos criminosos se dão, na maioria das vezes, em ambientes sigilosos, nos quais a prova deveria ser obtida por outro meio que não a utilização de gravações ou filmagens não autorizadas. Nessa toada, se a vedação às provas ilícitas for considerada

⁹⁶ BARROSO, op. cit., 2013. p. 10.

⁹⁷ STF, Ação Penal n. 307-3-DF, Plenário, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, de 13.10.95 – *grifo nosso*

incontestável haverá não apenas a impunidade, mas também o estímulo para a realização de delitos similares.⁹⁸

Tem-se que a própria justiça social resta comprometida diante da inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas. De fato, os crimes de “colarinho branco” e demais delitos burocráticos são, como regra, cometidos no âmbito de proteção da intimidade, ao contrário dos crimes de rua.⁹⁹

Ressalte-se, ainda, que, sobretudo no âmbito penal, o juízo condenatório indica uma resposta conferida à perturbação social gerada pela conduta ilícita. Logo, a vedação intransponível à prova reputada ilícita fere de morte a efetividade do processo, demonstrando uma omissão do Estado em realizar o seu dever constitucional de proteção penal.

Nessa toada, nada mais justo do que realizar um juízo de ponderação e razoabilidade, a fim de verificar a garantia que deve preponderar no caso concreto. Isto, efetivamente, é admissível em virtude – inclusive - da eficácia relativa que possuem os direitos fundamentais.

A respeito do tema, imprescindível salientar o escólio de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] afiguram-se possíveis limitações decorrentes da colisão de um direito fundamental com outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais, o que legitima o estabelecimento de restrições, ainda que não expressamente autorizadas pela Constituição. Em outras palavras, direitos fundamentais formalmente ilimitados (isto é, desprovidos de reserva) podem ser restringidos caso isso se revelar imprescindível para a garantia de outros direitos constitucionais, de tal sorte que há mesmo quem tenha chegado a sustentar a existência de uma verdadeira “reserva geral imanente de ponderação” [...]

Como é fácil reconhecer, não é possível ao Constituinte – tampouco ao legislador ordinário – prever e regular todas as hipóteses de colisões de direitos fundamentais. Tendo em vista à caracterização dos direitos fundamentais como posições jurídicas *prima facie*, não raro encontram-se eles sujeitos a ponderações em face de situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito se dá “às custas” de outro. Situações de colisão de direitos fundamentais

⁹⁸ CARNAÚBA, op. cit., p. 86.

⁹⁹ ÁVILA, op. cit., 2006. p.129-39.

afiguram-se cada vez mais frequentes na prática jurídica brasileira devido ao alargamento do âmbito e da intensidade de proteção dos direitos fundamentais levado a cabo pela Constituição Federal de 1988, notadamente em função do já referido caráter analítico do catálogo constitucional de direitos. Muito embora as situações de conflito tenham, em sua ampla maioria, sido regulamentadas pela legislação ordinária, há casos em que a ausência de regulação esbarra na necessidade de resolver o conflito decorrente da simultânea tutela constitucional de valores ou bens que se apresentam em contradição concreta. A solução desse impasse, como é corrente, não poderá dar-se com recurso à ideia de uma ordem hierárquica abstrata dos valores constitucionais, não sendo lícito, por outro lado, sacrificar pura e simplesmente um desses valores ou bens em favor do outro. Com efeito, a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios.¹⁰⁰

Tecidas essas considerações, resta evidente que a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas não pode ser levada às últimas consequências - e tida como intransponível. Para tanto, a utilização do critério da proporcionalidade se revela como mecanismo eficaz para realizar a análise de interesses no caso concreto.

3.4 O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MECANISMO DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Para que injustiças não sejam vislumbradas no caso concreto, é forçoso admitir a utilização do critério da proporcionalidade para a ponderação de interesses. Desde logo, impende salientar que a utilização do referido critério não altera o panorama traçado pela Constituição Federal, segundo o qual a inadmissibilidade à prova ilícita é, efetivamente, uma regra que norteia todo o sistema jurídico, porém deve ceder nos casos em que outros direitos fundamentais demonstrarem-se mais valiosos.

Nesse sentido salienta Luís Roberto Barroso:

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderações. A subsunção, por óbvio, não é capaz

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 393-4.

de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade.¹⁰¹

Segundo os ensinamentos de Marco Antonio de Barros¹⁰², os grandes entraves opostos à busca da verdade guardam como pano de fundo o duelo existente entre o *jus libertatis* e *jus puniendi*. Referido embate – tido como interminável – propicia a relevante indagação: as garantias que restringem o descobrimento da verdade são absolutas?

A resposta afirmativa encontra suporte na doutrina de Hans Kelsen, segundo a qual não é admissível qualquer conflito entre norma superior e norma inferior dentro de uma ordem jurídica.

Tal posicionamento inviabiliza o aprofundamento das investigações e a concretização da justiça.

Destarte, como se buscou salientar, o que é inadmissível é o absolutismo de uma determinada regra, pois, sobretudo num contexto de Estado Democrático de Direito, o que se busca é a harmonia do sistema constitucional.

O critério da proporcionalidade, também denominado de princípio da ponderação de interesses, surgiu em decorrência da jurisprudência firmada pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha. De acordo com esse critério, direitos fundamentais podem ser relativizados em sede de produção e valoração da prova, a fim de prevenir e reprimir manifestações da criminalidade.

Segundo a doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes,

¹⁰¹ BARROSO, op. cit., 2013. p. 11.

¹⁰² BARROS, op. cit., p.191- 201.

Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, vem admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.¹⁰³

Doutrina semelhante é a da razoabilidade, trazida pelo direito norte-americano, em decorrência da maior liberdade conferida aos juízes na criação do direito. Tal doutrina é tão similar à da proporcionalidade que traz intrínseca a ideia de proporcionalidade em sentido estrito – isto é, impõe-se a necessidade de respeito aos padrões comuns existentes na sociedade.

Nessa perspectiva, as regras constitucionais não podem ser concebidas de maneira intransigente, de forma que devem coexistir em harmonia, eis que integram um sistema de recíprocas limitações.

No cenário jurídico pátrio, o critério da proporcionalidade possui aplicabilidade, em que pese não estar previsto de forma explícita na Constituição Federal.

A função precípua é estabelecer a harmonia entre as normas constitucionais e, para tanto, se subdivide em adequação (pertinência), necessidade (inevitabilidade) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação de valor entre os interesses conflitantes).

Em outras palavras, em juízo de ponderação, o julgador deve verificar se: (i) a medida é adequada, ou seja, permite que o resultado seja obtido. Vale dizer, o julgador deve se convencer de que o meio de prova escolhido é hábil a demonstrar a veracidade dos fatos; (ii) a medida está revestida de necessidade, isto é, é o único meio de prova disponível para demonstrar a verdade; (iii) a medida, após análise do custo-benefício, acarreta mais benefícios do que prejuízos.

Nessa toada, é incontestável que havendo uma prova ilícita apta a demonstrar a inocência do acusado, esta deve ser aproveitada, de forma que o critério da proporcionalidade, nessa situação, deve ser aplicado em favor do réu, justamente por tornar possível a concretização da justiça.

¹⁰³ GRINOVER, op. cit., p.119.

Insta consignar que, em função do tratamento isonômico que deve ser conferido aos sujeitos do processo, tem-se que a aplicação da proporcionalidade, à luz do caso concreto, não deve ser realizada apenas em favor do réu, mas também em favor da sociedade – a fim de prestigiar a manutenção da paz social, negando a impunidade.

José Carlos Barbosa Moreira assevera:

É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o “poderoso chefe do local”.¹⁰⁴

Não há dúvidas que manifestações do aludido critério são vislumbradas comumente, até mesmo porque a própria relação existente entre direito material e direito processual traz a marca da proporcionalidade, posto que o excesso de formalismo processual é capaz de inviabilizar a aplicação do direito material.

Nessa perspectiva, Luiz Francisco Torquato Avólio aduz:

A teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilícitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto.¹⁰⁵

Em suma, tem-se que a proporcionalidade é mecanismo hábil a realizar a ponderação de interesse.

Como tal, é possível que a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas seja relativizada, a fim de que outro direito constitucional, que apresente maior valor no caso concreto, seja assegurado.

¹⁰⁴ MOREIRA, op. cit., p. 113.

¹⁰⁵ AVÓLIO, op. cit., p. 60.

Isto é, mais uma vez valendo-se das palavras de José Carlos Barbosa Moreira: “só a atenta ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue à solução conforme a Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade” ¹⁰⁶

Para a defesa da utilização da prova ilícita a favor da sociedade é imprescindível o estudo das faces que possui a proporcionalidade, sobretudo aquela denominada proibição da proteção deficiente.

3.5 VERTENTES DO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE

O critério da proporcionalidade possui duas faces que, em uma análise conjunta, asseguram o equilíbrio entre a proteção dos indivíduos contra os excessos cometidos pelo Estado e a tutela da sociedade como destinatária das diretrizes traçadas pelo Estado Social. ¹⁰⁷

São suas vertentes: (i) a proteção das liberdades individuais contra eventuais afrontas perpetradas pelo Estado e (ii) vedação da proteção deficiente dos direitos fundamentais.

Com efeito, o critério – também conhecido como princípio – da proporcionalidade é oriundo da noção da proibição de excessos por parte do Estado. Vale dizer, o Poder Público não deve intervir no conjunto de liberdades dos indivíduos. E isso, efetivamente, guarda relação com o Estado liberal, não interventor, típico do século XVIII.

Ensina José Carlos Barbosa Moreira:

Assim, é evidente que a perspectiva liberal-clássica, própria do Estado em formação no longínquo século XIX, fundava-se na contraposição Estado-Sociedade, sendo a função da lei meramente ordenadora (o que não é proibido é permitido), a partir da tarefa-função de defender o débil cidadão contra a “maldade” do Leviatã. Afinal, a revolução francesa- berço do Estado Liberal – representava o triunfo do privado. A burguesia destronara o velho regime exatamente para recuperar o poder político do qual abriera mão para o

¹⁰⁶ MOREIRA, op. cit., p. 114.

¹⁰⁷ ANDRADE, op. cit., p. 66–71.

fortalecimento de seu poder econômico, no nascedouro do Estado Moderno-Absolutista.

O novo perfil do Estado, nessa quadra, será absenteísta. Sua função será a de servir de guardião dos interesses da classe revolucionária, a burguesia. Em outras palavras: o público (Estado) era visto como algo “ruim”. Por isto, o triunfo do privado e a pouca importância dada à Constituição, entendida com “código das relações privadas”.¹⁰⁸

Com o passar do tempo, no entanto, como já outrora asseverado, o Estado verificou a necessidade de assumir uma postura ativa, eis que não bastava a mera positivação de garantias de cunho social, já que elas exigiam a realização de programas capazes de concretizá-las.

De fato, a Constituição Federal Brasileira de 1988 se insere nessa conjuntura.

É nesse contexto de Estado Democrático de Direito que surge a outra face do critério da proporcionalidade, segundo a qual resta inadmissível a proteção deficiente dos direitos fundamentais, impondo-se, por conseguinte, uma postura ativa por parte do Poder Público no que tange ao alcance dos direitos sociais.

Nas palavras de Paulo Gilberto Cogo Leivas:

A proibição da não-suficiência exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. O Estado, portanto, é limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição do excesso, e de outro, por meio dos limites inferiores da proibição da não-suficiência.¹⁰⁹

Neste diapasão, não há mais uma tutela absoluta de não intervenção nos direitos fundamentais, eis que se faz necessária a harmonia do sistema constitucional.

A noção tradicional do critério da proporcionalidade exige uma releitura, ao passo que não mais faz sentido uma abstenção completa por parte do Estado, eis

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento demandado de segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista clássico. Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina/id385.htm>.>. Acesso em: 5 maio 2013. p.11-12.

¹⁰⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 76.

que a ele incumbe, também – e, por vezes de forma prioritária – assegurar não apenas os direitos fundamentais do indivíduo, mas de toda a sociedade.

Em total congruência com o novo paradigma estatal, faz-se imprescindível ressaltar o escólio de Lenio Luiz Streck acerca da finalidade do direito penal:

[...] como muito bem assinala Roxin, comentando às finalidades correspondentes ao Estado de Direito e ao Estado Social em Liszt, o direito penal serve simultaneamente para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Protege, portanto, o indivíduo de uma repressão desmedurada do Estado, mas protege igualmente a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo. Estes são os dois componentes do direito penal: o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual, e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo.¹¹⁰

É nesse contexto que a utilização excepcional da prova ilícita encontra guarida.

3.6 O GARANTISMO POSITIVO E O USO DA PROVA ILÍCITA EM FAVOR DA SOCIEDADE

De efeito, a transição entre os modelos de Estado – do Estado Liberal para o Estado intervencionista – propiciou, também, uma evolução no conceito de garantismo jurídico.¹¹¹

Vale dizer, a preocupação – que antes era dirigida única e exclusivamente para a proteção dos direitos individuais – voltou-se, com o advento Estado Social, para a tutela da coletividade, propiciando, desta feita, o que se convencionou chamar de garantismo positivo, noção, esta, atrelada a segunda vertente do critério da proporcionalidade – proibição da proteção deficiente.

De fato, com tal mudança de paradigma não se buscou negar a importância de assegurar as denominadas liberdades públicas.

¹¹⁰ STRECK, op. cit., p.13.

¹¹¹ ANDRADE, op. cit., p. 70 – 77.

Muito pelo contrário. Ainda no âmbito do direito penal, são inúmeras as garantias que reforçam a ideia de proteção do indivíduo contra eventuais abusos perpetrados pelo Poder Público, dentre as quais vale citar, apenas a título de exemplo, a proibição da analogia *in malam parte*. A este movimento que tem por escopo assegurar os direitos do acusado, deu-se o nome de garantismo negativo, que visa a tutelar, ao máximo, a liberdade.

Com a transição para o Estado Social, como visto, a atenção passou a ser para os bens de cunho coletivo. Nessa toada, exsurge a ideia de garantismo positivo, segundo a qual o Estado atua em benefício da vítima e da sociedade, ainda que, para tanto, necessite mitigar direitos individuais, até mesmo porque a liberdade não pode servir para assegurar abusos.

A postura do Estado deixou de ser abstencionista para assumir contornos ativos, a fim de combater ações violadoras à sociedade, em prol de segurança.

A ideia de garantismo positivismo, de fato, encontra arrimo na segunda vertente do critério da proporcionalidade, pois inadmite a proteção deficiente dos valores sociais por parte do Estado.

Nesse sentido aduz Lenio Luiz Streck:

Assim, é possível afirmar, com base em doutrina que vem se firmando nos últimos anos, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar “proibição da proteção deficiente” (Untermassverbot). A proibição de proteção deficiente, explica Bernal Pulido, pode definir-se como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, com cuja aplicação pode determinar-se se um ato estatal – por antonomásia, uma omissão – viola um direito fundamental de proteção.¹¹²

Neste diapasão, a prova ilícita deve ser admitida quando se revelar necessária, adequada e indispensável à tutela da segurança social.

¹¹² STRECK, op. cit., op. cit., p.15.

Como outrora asseverado, a ideia de superioridade das armas da acusação não se sustenta diante da atual criminalidade. Vale dizer, diante das verdadeiras organizações criminosas, o que se verifica, contudo, é a vulnerabilidade do Estado.

Afirma Maria Cecília Pontes Carnaúba:

[...] O cidadão não tem a liberdade de utilizar-se do seu direito à privacidade para praticar crimes que prejudicam direitos de outros cidadãos e que são igualmente assegurados pelo Estado de Direito. Portanto, não se pode considerar ilícitas as provas criminais somente porque tenham sido colhidas de modo ofensivo ao direito de privacidade, que é uma das liberdades do indivíduo. Não resta a menor dúvida de que a liberdade pública do cidadão deve ceder em face de um interesse de ordem coletiva [...]¹¹³

Nessa hipótese, é forçoso convir pela relativização dos direitos fundamentais de liberdade individual para prestigiar, no caso concreto, não somente o direito de punir do Estado, mas a efetiva segurança da sociedade – que figura como principal vítima - e realização de justiça; o que, de fato, se coaduna com o viés progressista do sistema constitucional brasileiro.

Em que pese esse ideal progressista, injustiças ainda são observadas. Nesse sentido, é a ressalva feita por Lenio Luiz Streck:

A atual configuração do modelo penal brasileiro, em função do surgimento gradual de uma série de leis que determinaram o deslocamento do seu foco de tutela de bens individuais para bens coletivos, distancia-se – ao contrário do que sustentam os penalistas adeptos de um “minimalismo garantístico”- de um padrão de intervenção mínima, e coloca, pelo menos hipoteticamente, a possibilidade de subversão de grande parte de uma hegemonia histórica nas relações de poder sustentadas e reproduzidas, em não desprezível parcela, pela aplicação da lei penal.

Dito de outro modo: enquanto predominou o interesse liberal-individualista na persecução penal, as classes mais abastadas da sociedade brasileira, mantiveram-se em uma situação extremamente confortável em relação aos estratos sociais economicamente mais carentes, pois praticamente apenas as condutas das parcelas mais pobres e exploradas da população, que não tinham função alguma na reprodução e manutenção de uma determinada ordem sócio-econômica, eram, e ainda em grande parte continuam sendo,

¹¹³ CARNAÚBA, op. cit., p. 36.

destinatárias da aplicação de alguma norma penal incriminadora. De todo modo, é possível dizer, sem maiores rodeios, que o direito penal brasileiro, por ainda guardar característica liberal-individualista na proteção dos bens jurídicos em um país com distâncias sociais tão significativas, continua com forte cheiro de direito penal de classe, ou seja, suas bactérias continuam apontadas na direção dos setores mais desfavorecidos da sociedade.¹¹⁴

Ainda que sejam vislumbrados resquícios de - ou ainda o verdadeiro- direito penal de classes, é indispensável, no atual paradigma progressista, a atenção à proteção deficiente; nesse sentido, inclusive, manifestou o Pretório Excelso:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. **Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote).** Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas

¹¹⁴ STRECK, op. cit., p. 2.

adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição - o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) -, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. ORDEM DENEGADA.¹¹⁵

¹¹⁵ STF, HC 104.410/RS, Segunda Turma, Relator Ministro GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 06/03/2012 – grifo nosso.

A aceitação da vertente da proteção deficiente na esfera penal, em absoluta coerência com a noção de garantismo positivo, garante a admissibilidade excepcional da prova ilícita. Ressalte-se que tal utilização excepcional da prova ilícita não significa o extermínio de determinados direitos fundamentais.

Consigne-se que: à luz do caso concreto, e diante de um juízo de ponderação pautado pela adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, determinados direitos de liberdade devem, de fato, ser relativizados para fazer valer a verdade, como medida de justiça.

Conforme mencionado, a ponderação de interesses por meio do critério da proporcionalidade é mecanismo apto a garantir a prevalência, no caso concreto, de valores essenciais à proteção da sociedade.

Por vezes, a necessidade de proteger valores de cunho social revela-se tão preponderante que, sequer, a jurisprudência pátria, ao interpretar o direito, se vale do critério da proporcionalidade; e, simplesmente, transforma em lícita aquela prova que outrora poderia estar viciada. Para tanto, deve-se observar a forma para a superabilidade das regras.

3.7 SUPERABILIDADE DAS REGRAS

Mais uma vez valendo-se do escólio de Humberto Ávila¹¹⁶, há quem sustente que as regras devem ser obedecidas pelo simples fato de serem regras. Tal ideia – que remonta Montaigne – considera que as leis devem ser obedecidas não por serem justas, mas porque são leis. A justificativa de obediência está, portanto, na autoridade.

Por óbvio, tal justificativa não prevalece, sobretudo diante da possibilidade de injustiça. Logo, pode-se sustentar que as regras devem ser obedecidas não apenas por serem regras, mas por outras razões.

Como primeira delas, pode-se destacar o fato de que as regras têm por função pré-decidir o meio de exercício do poder, afastando, destarte, a incerteza no meio de escolha. Ademais, as regras reduzem arbitrariedades que eventualmente

¹¹⁶ ÁVILA, op. cit., 2012. p. 120-30

podem surgir diante da aplicação de valores morais. Por fim, as regras evitam problema de coordenação, deliberação e conhecimento.

As regras devem ser obedecidas “de um lado, porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade”.¹¹⁷

Como já afirmado, as regras – assim como ocorre com a inadmissibilidade das provas ilícitas -, por envolverem valores, carecem de ponderação e podem, de forma excepcional, ser superadas.

Para a superação das regras, Humberto Ávila¹¹⁸ propõe um modelo com duas características. A primeira delas é bidimensional, pois é material e procedimental ao mesmo tempo. Material porque para a superação das regras é imprescindível o preenchimento de determinados requisitos; e procedimental, pois, a superação de regras está condicionada à requisitos de forma. Ademais, esse modelo é criterioso, uma vez que não analisa apenas a possibilidade de superação das regras, mas as condições que permitem tal superação.

No que tange aos requisitos materiais, tem-se que a superação da regra será mais flexível quanto menos imprevisibilidade, ineficiência e desigualdade a regra gerar. De fato, a superação da regra está vinculada ao valor substancial específico que a regra reproduz, bem como com o valor formal de segurança jurídica, que, por sua vez, está atrelado à possibilidade de reaparecimento de situação semelhante.

A título de exemplo, Humberto Ávila ensina:

Uma regra condicionava o ingresso num programa de pagamento simplificado de tributos federais à ausência de importação de produtos estrangeiros. Os participantes do programa não poderiam efetuar operações de importação, sob pena de exclusão. Essa a hipótese da regra. O caso concreto diz respeito a uma pequena fábrica de sofás que efetuou uma importação e foi, em decorrência disso, sumariamente excluída do programa. Ocorre, no entanto, que a importação foi de quatro pés de sofás, para um só sofá, uma única vez. Mediante recurso, a exclusão foi anulada com base na falta de aplicação razoável da regra. Nesse caso, o fato previsto na hipótese da regra ocorreu, mas a consequência do seu descumprimento não

¹¹⁷ Ibid., p. 122.

¹¹⁸ ÁVILA, op. cit., 2012. p. 123.

foi aplicada (exclusão do regime tributário específico) porque a falta de adoção de comportamento por ela previsto não comprometia a promoção do fim que a justificava (estímulo da produção nacional por pequenas empresas)

Nesse caso, a aceitação da decisão individual (permissão para importação, quando a hipótese da regra a proíbe) não prejudica a promoção da finalidade subjacente à regra (estímulo da produção nacional por pequenas empresas). Ao contrário, permitir, individualmente, que a empresa permanecesse fruindo o benefício até favoreceria a produção nacional, na medida em que a importação efetuada seria, justamente, para melhor produzir bens no país. Mais ainda: a aceitação da decisão individual discrepante da hipótese da regra geral não prejudicava a promoção da segurança jurídica, sendo, ao contrário, indiferente à sua realização, pois a circunstância particular (importação de algumas peças de um bem) não seria facilmente reproduzível ou alegável por outros contribuintes e a demonstração da sua anormalidade dependia de difícil comprovação. Isso significa, em outras palavras, que a aceitação do caso individual não prejudica a implementação dos dois valores inerentes à regra: o valor formal da segurança não é restringido, porque a circunstância particular não seria facilmente reproduzível por outros contribuintes; o valor substancial de estímulo à produção nacional não seria reduzido, porque o comportamento permitido levaria à sua promoção. A tentativa de fazer justiça para um caso mediante superação de uma regra não afetaria a promoção da justiça para a maior parte dos casos. E o entendimento contrário, no sentido de não superar a regra, provocaria mais prejuízo valorativo do que benefício (*more harm than good*).¹¹⁹

Vale dizer, a superação das regras está, de fato, vinculada à noção de segurança jurídica, de forma que a superação de uma regra depende da aplicabilidade geral das regras, bem como do equilíbrio entre justiça individual e justiça geral.

Conforme asseverado, a superação de uma regra também deve preencher requisitos procedimentais.

A princípio, há de se ressaltar o fato de as regras possuírem caráter imediatamente descritivo de conduta ou de atribuição de poder para adoção da conduta, o que faz com que as regras possuam uma eficácia decisiva relevante – que inexistente nos princípios – que, por seu turno, assegura uma resistência à superação.

¹¹⁹ ÁVILA, op.cit., 2012. p.123-4

Nessa toada, para a superação de uma regra é preciso uma fundamentação mais restritiva. Isto é, a superação da regra deverá ter (i) uma justificativa condizente, de forma a demonstrar a discrepância entre aquilo que a hipótese da regra estabelece e a sua finalidade; (ii) uma fundamentação condizente, eis que deve exteriorizar de forma racional as razões que autorizam a superação; e (iii) uma comprovação condizente de que a superação da regra é necessária.

Feitas essas considerações, passaremos a analisar hipóteses concretas em que a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas restou superada.

4. PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE* E SUAS LIMITAÇÕES

4.1 HARMONIA DO TEXTO CONSTITUCIONAL E A VEDAÇÃO ÀS PROVAS ILÍCITAS

Com efeito, a vedação às provas ilícitas é um dos fatores que asseguram a harmonia do texto constitucional.

Dispõe a Constituição Federal de 1988, nos incisos X, XI, XII, do artigo 5º:

“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

De fato, a previsão dos referidos direitos fundamentais é essencial, de forma que a regra da vedação às provas ilícitas tem por escopo assegurá-los; no entanto, como outrora mencionado, para a manutenção da harmonia do texto constitucional, os direitos fundamentais não podem ser interpretados como absolutos.

Com isso não se busca negar a unidade do sistema constitucional, nele são vislumbrados determinados valores que – em uma análise perfunctória – podem parecer antagônicos, mas, na verdade, são complementares e tornam o sistema constitucional uno. Porém, tais valores, consagrados muitas vezes por meio dos direitos fundamentais, não são irrestritos. Nessa toada, a fim de preservar a aludida harmonia do texto constitucional é necessária uma visão sistêmica.

Por vezes é imprescindível a análise de interesses à luz do caso concreto. Sendo assim, em que pese ser a vedação às provas ilícitas a regra, exceções a ela são admitidas, e o limite é justamente conferido pelos demais direitos fundamentais – em total congruência com sistema constitucional.

Nesse sentido preceituou o Superior Tribunal de Justiça:

[...] Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art 5º da Constituição, que fala ‘ são inadmissíveis ... as provas obtidas por meio ilícito ’ não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘ atualização constitucional ’ (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa [...]¹²⁰

4.2 RAZÕES PARA PROIBIR A PROVA

A rigor, a regra da vedação às provas ilícitas nada mais é do que uma penalidade imposta à persecução penal, em benefício do indivíduo lesionado. Nessa linha de raciocínio, tal regra está dirigida à proteção de direitos fundamentais.¹²¹

Vale dizer, toda vez que o acusado estiver em verdadeira desvantagem – de forma que sua liberdade é tolhida ou gravemente ameaçada – será necessária uma proibição da prova. Nesse contexto são incluídas as graves violações aos direitos humanos, como a tortura.

É imperioso ressaltar que a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas não protege o direito fundamental já afrontado, mas protege todo o sistema constitucional, de forma a manter a harmonia necessária.

¹²⁰ STJ - HC: 3982 RJ 1995/0053161-5, Relator: Ministro ADHEMAR MACIEL, Data de Julgamento: 04/12/1995, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 26.02.1996 p. 4084 LEXSTJ vol. 82 p. 317 RCJ vol. 70 p. 194 RDR vol. 6 p. 355 RDTJRJ vol. 28 p. 37 RJDTACSP vol. 33 p. 490 RSTJ vol. 82 p. 321 DJ 26.02.1996 p. 4084 LEXSTJ vol. 82 p. 317 RCJ vol. 70 p. 194 RDR vol. 6 p. 355 RDTJRJ vol. 28 p. 37 RJDTACSP vol. 33 p. 490 RSTJ vol. 82 p. 321

¹²¹ ÁVILA, op. cit., 2006., p. 120.

A dúvida que surge diz respeito às hipóteses em que a prova, de fato, deve ser proibida. Por vezes, “a eficiência da garantia é questionável, e o preço que se paga é alto demais para compensar suas respectivas perdas”¹²², eis que a prova pode ser tida como ilícita não apenas para proteger um direito fundamental básico do indivíduo, mas com o desiderato de fazer valer meras formalidades impostas pelo devido processo legal – acarretando, por conseguinte, a proteção deficiente de direitos fundamentais à sociedade.

Exemplos de alto preço custeado pela sociedade não faltam. Nos autos do Recurso Extraordinário 251.445, decidido monocraticamente pelo i. Ministro Celso de Melo apurou-se que um dentista havia praticado relações sexuais com crianças e adolescentes, de modo que documentou tais atos com fotografias, guardando-as, em seguida, em um cofre em seu consultório. Posteriormente, os menores lá ingressaram e furtaram as fotos, com o objetivo de solicitar vantagem indevida, não logrando, contudo, êxito em extorqui-lo. O dentista comunicou os fatos à polícia, que apreendeu as fotografias em poder de um dos menores. Iniciou-se uma investigação que apurou os fatos que imputou a autoria delitiva ao dentista pela prática de crimes de estupro, de atentado violento ao pudor, bem como do crime previsto no artigo 241 da Lei 8069/90. A ação penal foi julgada procedente em primeira instância.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sede de apelação, absolveu o acusado do delito do artigo 241 da Lei 8069/90 (produzir fotografia com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente), por entender pela ilicitude da prova. Irresignado com o teor dessa decisão, o Ministério Público do Estado de Goiás interpôs Recurso extraordinário.

A questão suscitada no caso concreto, portanto, dizia respeito à possibilidade de fotografias, subtraídas do consultório profissional do acusado, por uma das vítimas, poderem vir a ser utilizadas contra o réu, para condená-lo. O i. ministro, no entanto, entendeu pela ilicitude da prova, em que pese os valores nela envolvidos.

De fato, no caso apresentado, é inconteste a importância dos valores. De um lado há a necessidade de fazer valer o *ius puniendi* e assegurar direitos da sociedade, enquanto de outro há necessidade de se preservar direitos individuais,

¹²² ÁVILA, op., cit., 2006. p. 233-7.

por meio da vedação às provas ilícitas. Como outrora verificado, tal regra nada mais é do que uma sanção ao próprio Estado que deixa de punir em decorrência da ilicitude.

Neste caso, preponderou a tutela dos direitos individuais, em verdadeiro detrimento de valores sociais precípuos – e, conseqüentemente, da justiça e da verdade.

Como se buscará demonstrar, por vezes, não há valores colidentes, mas a jurisprudência pátria admite a prova – ainda que esta pudesse ser questionada como ilícita – em favor da sociedade, sem realizar qualquer juízo de ponderação.

4.3 A FLEXIBILIDADE DA REGRA DA INADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

O problema das provas ilícitas é um dos mais preocupantes para a ciência processual e política legislativa em virtude da relevância dos eventuais valores em conflito.

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira:

De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em não poucos casos, antiética; de outro, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.¹²³

Nessa perspectiva, é mister analisar as possíveis colisões existentes entre a regra constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas e os demais direitos fundamentais.

Conforme escólio de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹²⁴:

¹²³ MOREIRA, op. cit., p. 121.

¹²⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012
DIMOULIS, op. cit., p. 162.

Ninguém pede racionalmente a desapropriação das terras de um latifundiário porque tem inveja de sua riqueza. E nenhuma autoridade estatal decide proibir que uma revista popular publique fotografia de ricos e famosos em praias e residências privadas se não houver motivo para tanto e, principalmente, reclamação dos interessados ricos e famosos.

As colisões e restrições nascem, como já constatado, porque o exercício de um direito fundamental entra em conflito com outro ou com outros preceitos constitucionais (bem jurídico-constitucionais). A desapropriação de imóveis rurais objetiva, entre outros, buscar garantir direitos fundamentais dos sem-terra e a proibição de publicar determinadas fotografias é ditada pela necessidade de se protegerem a privacidade e o direito à imagem enquanto direitos fundamentais.

Tarefa da doutrina jurídica e dos tribunais é traçar os limites que permitam o exercício harmônico daqueles direitos fundamentais colidentes, por mais difícil que seja a definição dos critérios para a solução da colisão.

No processo penal, sobretudo, estão em colisão valores superiores capazes de ensejar, com maior frequência, a relativização da vedação às provas ilícitas. Nessa perspectiva, deve haver uma compatibilização entre a necessidade de proteção dos indivíduos contra os excessos eventualmente cometidos pelo Estado e a proibição da proteção insuficiente das garantias conferidas à sociedade.

É cediço que o Estado não pode cometer crimes sob o pretexto de punir outros crimes. Mas, de fato, toda a atividade policial é desenvolvida com a realização de fatos típicos: a prisão, por exemplo, é um sequestro; enquanto o cumprimento de um mandado de busca e apreensão é um roubo. Em suma, toda a atividade de investigação é uma verdadeira invasão à privacidade alheia. No entanto, todas essas condutas – apesar de típicas – não são antijurídicas, diante da presença de justa causa: a repressão ao crime como forma de evitar a proteção insuficiente dos direitos fundamentais da sociedade. Tal exame, que objetiva retirar a antijuridicidade, contudo, é realizado no âmbito da dogmática penal – que analisa as excludentes de ilicitude, em regra na forma do “estrito cumprimento do dever legal”. Porém, em última análise, o que, de fato, legitima essas condutas é o exame

de proporcionalidade. Logo, incumbe à doutrina e jurisprudência estabelecer o nível de violência aceitável para o sistema criminal alcançar a verdade.¹²⁵

Valendo-se do critério da proporcionalidade, ensina Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha:

Determinando-se uma proporção entre a infringência da norma na colheita da prova e os valores que a sociedade deve preservar e que tal prova visa proteger, encontra-se o equilíbrio pela proporção, trazendo o juízo de admissibilidade ou não.¹²⁶

Como já aludido, é imprescindível salientar que, não obstante ser o critério da proporcionalidade mecanismo de extrema utilidade para flexibilizar a regra da vedação às provas ilícitas, por vezes, à luz do caso concreto, a superação da regra simplesmente ocorre com a transformação daquilo que antes poderia ser considerado como ilícito em lícito – e a prova é, destarte, admitida; isto é, nem sempre há que se falar em colisão de valores, já que por vezes a prova é simplesmente admitida em favor da sociedade – sem que outros direitos fundamentais sejam sopesados.

Deve-se consignar que o tema das provas ilícitas possui verdadeiro caráter não estático que é decorrente da própria essência dos direitos fundamentais. Vale dizer, a predominância, no caso concreto, de um ou outro interesse será variável.

A seguir, serão abordadas as hipóteses em que a jurisprudência pátria ora realizou, após vislumbrar a existência de colisões, verdadeira análise de interesses no caso concreto – optando por assegurar a proibição da proteção deficiente, em detrimento da regra da inadmissibilidade da prova ilícita -, ora simplesmente admitiu a prova, sem sequer questionar sua licitude – valendo-se, deste modo, de determinados institutos e teorias.

¹²⁵ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 207–8.

¹²⁶ ARANHA, op. cit., p. 56.

4.3.1 Abuso de garantias constitucionais

Sempre que houver abuso de uma garantia constitucional para o cometimento de crimes, é possível a relativização da regra da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Como exemplo, vale citar as extorsões gravadas pela vítima ou por terceiro com sua autorização, a gravação de conversa do servidor público no exercício de suas funções, a abertura de correspondências contendo entorpecentes, bem como a apreensão de carta do preso que determina a realização de crimes por meio de correspondências.¹²⁷

Imprescindível colacionar um julgado que, efetivamente, revela a admissibilidade da prova – ainda que ela pudesse ser tida como ilícita – em virtude do abuso de outros direitos fundamentais.

O Pretório Excelso, em julgamento de *habeas corpus* admitiu, de forma excepcional – e seguindo dos ditames legais - a interceptação de correspondência de sentenciados:

HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRAFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANALISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO.

- A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contem a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei381Código de Processo Penal.

- A eficácia probante das copias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo.

¹²⁷ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 216.

- A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

- O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus.¹²⁸

Na hipótese acima abordada pelo Supremo Tribunal Federal resta evidente a colisão de direitos fundamentais. Vale dizer, de um lado há o direito à privacidade, ao sigilo da correspondência, enquanto, de outro, há a necessidade de o Estado proteger a sociedade e iniciar a persecução penal, caso presentes os indícios de autoria e prova de materialidade delitiva.

Com efeito, conforme ressaltado na ementa do acórdão colacionado, a interceptação excepcional da correspondência dos presos é, inclusive, admitida por lei, com o nítido escopo de proibir a proteção deficiente dos valores da sociedade.

Em outra decisão, entendeu o Supremo Tribunal Federal pela lícitude da prova – ainda que obtida em gravação ambiental -, em virtude de legítima defesa:

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilícitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal HC 74.678, DJ de 15-8- 97 e HC 75.261, sessão de 24-6-97, ambos da Primeira Turma. HC 74.678 HC 75.261¹²⁹

Nessas hipóteses, como se pode observar, não há que se falar em ilicitude. Tratam-se de situações excepcionais em que o abuso de outros direitos fundamentais inadmitte que a prova seja inutilizada. Para tanto, a análise dos valores colidentes no caso concreto, após um juízo de ponderação, é medida necessária.

¹²⁸ STF, HC 70.814/SP, Primeira Turma, Relator: Ministro CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 28/02/1994, Data de Publicação: DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-0176- PP-01136

¹²⁹ STF, RE 212.081/RO, Primeira Turma, Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI, Data de Julgamento: 04/12/1997, Data de Publicação: DJ 27-03-1998 PP-00023 EMENT VOL-01904-08 PP-01695.

4.3.2 Em conhecimentos fortuitos

Não há qualquer arbitrariedade em conhecimentos fortuitos. Muito pelo contrário, os agentes do Estado agem de boa-fé. Nessa perspectiva, a inadmissibilidade dessa prova acarreta, tão somente, danos à verdade e à justiça.

Em interceptações telefônicas, o Superior Tribunal de Justiça admite¹³⁰:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ABUSO DE AUTORIDADE. CORRUPÇÃO PASSIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS. LEGITIMIDADE. ESCUTA TELEFÔNICA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LICITUDE. ESCUTA TELEFÔNICA

1. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

2. A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/93. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial - titular exclusivo da ação penal pública -, proceder a coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria.

3. Se o procedimento de interceptação da comunicação telefônica está, nos exatos termos da Lei n.º 9.296/96, em apenso ao processo criminal e a disposição das partes que poderão, sob o crivo do contraditório, levantar todas as questões relativas à validade dessa prova, não existe qualquer cerceamento de defesa.

4. É lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação. Precedentes.

5. Writ denegado

¹³⁰ STJ, 33462/DF, T5 – Quinta Turma, Relator: Min. LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 26/09/2005, Data de Publicação: DJ 07.11.2005 p. 316. – *Grifo nosso*.

Nessa hipótese, há colisão de direitos fundamentais, quais sejam: de um lado há o direito à privacidade, ao sigilo telefônico; enquanto, de outra banda, há o direito do Estado de realizar a persecução penal e, por conseguinte, proteger a sociedade de eventuais abusos de garantias individuais – com o essencial objetivo de coibir crimes. Nessa perspectiva, no mencionado caso concreto a licitude da prova salta aos olhos.

Se por meio de interceptação telefônica tomar-se conhecimento da prática delitiva por um terceiro, a prova emprestada não será ilícita, mas exigirá uma valoração mais cuidadosa. Tal prova, como regra, não poderá ser elemento apto a ensejar condenação, no entanto servirá como meio para instaurar a abertura de investigações.

No caso de busca e apreensão domiciliares, o mesmo raciocínio é válido: deve-se coibir os abusos, e não as ações de boa fé. Logo, havendo legitimidade na intervenção, a descoberta fortuita não acarretará a ilicitude da prova.¹³¹

Na hipótese de a simples posse do objeto apreendido já constituir crime, há evidente situação de flagrância que, por si só, legitima a violação do domicílio. Logo, a prova decorrente dessa descoberta fortuita não será ilícita.

Nesse sentido julgou o Tribunal de Justiça Estadual do Paraná¹³²:

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO EM CONCURSO MATERIAL (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006 E ART. 16, DA LEI 10.826/2003, NA FORMA DO ART. 69, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. PRELIMINAR DE NULIDADE POR SUPOSTA FALTA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INGRESSAR NA RESIDÊNCIA DO RÉU. VÍCIO INEXISTENTE. CRIME PERMANENTE. ART. 303 DO CPP. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO.

"Não resta evidenciada a nulidade da busca e apreensão domiciliar, se os autos revelam razões suficientes para a suspeita da prática de crimes, ainda mais em se tratando de crime de tráfico de

¹³¹ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 225.

¹³² TJPR, Apelação Criminal 876880-9/PR, 3ª Câmara Criminal Relator: Sônia Regina de Castro, Data de Julgamento: 14/06/2012.

entorpecentes, cuja natureza é permanente, tornando desnecessária, inclusive, a expedição de mandado de busca e apreensão para a realização da diligência."

(STJ - RHC 16.792/GO, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2005, DJ 20/06/2005, p. 295) CRIME 1. TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO DA INEXISTÊNCIA DE PROVAS VÁLIDAS ANTE A NULIDADE DO FLAGRANTE. TESE AFASTADA. VALIDADE DO FLAGRANTE JÁ ANALISADA EM SEDE PRELIMINAR. CADERNO PROCESSUAL SEGURO E INEQUÍVOCO QUANTO A REALIZAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 975 GRAMAS DE CRACK E 140 PEDRAS DA MESMA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. RÉU CONFESSO. DEMAIS PROVAS PRODUZIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO CORROBORAM A CONFISSÃO DO ACUSADO. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DO ART. 59 DO CP. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUANDO DA VALORAÇÃO DA 'CULPABILIDADE', 'CONDUTA SOCIAL' E 'CONSEQUÊNCIAS DO CRIME.' REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. ATENUANTES JÁ RECONHECIDAS NA SENTENÇA. CAUSA DE ESPECIAL DIMINUIÇÃO (ART. 33, § 4º, LEI 11.343/06). NÃO INCIDÊNCIA. DENÚNCIAS ANÔNIMAS ATESTAM A DEDICAÇÃO DO RÉU AO TRÁFICO DE DROGAS. "Independentemente de as circunstâncias judiciais serem favoráveis, incabível a aplicação da minorante do § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06 se os policiais militares afirmaram com precisão que já tinham recebido inúmeras denúncias de tráfico pelo acusado." (TJPR - III CCr - Ap Crime 0730299-0 - Rel.: Jefferson Alberto Johnsson - Julg.: 24/03/2011 - Unânime - Pub.: 06/04/2011 - DJ 605) CRIME 2. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONFISSÃO DO RÉU CORROBORADA PELOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. CONDENAÇÃO MANTIDA. IRRESIGNAÇÃO SOMENTE EM RELAÇÃO A CARGA PENAL. ALMEJA A REDUÇÃO DA PENA EM RAZÃO DE NÃO RESTAR EVIDENCIADO DANO A SOCIEDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO SOCIAL. PRECEDENTE. PENA-BASE. AFASTAMENTO DA ELEVAÇÃO DA BASILAR EM RAZÃO DA 'CONDUTA SOCIAL'. ATENUANTES DA 'MENORIDADE' E 'CONFISSÃO ESPONTÂNEA'. PENA REDUZIDA PARA O PATAMAR MÍNIMO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

No julgado acima colacionado resta também evidente a colisão entre direitos fundamentais: é inconteste que a inviolabilidade do domicílio está em contraposição com o *ius puniendi*. No entanto, como bem assinalado, o caso concreto trata de hipótese de crime permanente, o que, por si só, acarreta a situação de flagrância e, por conseguinte, há a dispensa do mandado de busca e apreensão judicial, autorizando, destarte, a invasão do domicílio.

4.3.3 Descontaminação posterior

Segundo Thiago André Pierobom de Ávila: “Há uma descontaminação posterior sempre que houver a possibilidade de renovação posterior do ato viciado, ou quando o titular do direito violado confirmar o teor da prova.”¹³³

No caso de violação do sigilo bancário e fiscal por decisão não fundamentada, o Supremo Tribunal Federal entende que a prova é ilícita. Porém, se, posteriormente, houver decisão judicial devidamente fundamentada que autorize a diligência, não será necessário, por economia processual, o desentranhamento daquela prova tida, primeiramente, como ilícita. Há, destarte, a convalidação.

Dessa maneira preceituou o Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus - Quebra de sigilo bancário e fiscal - Prova ilegítima - Decisão não fundamentada - Ofensa ao art. 93, IX da CF - Nulidade declarada pelo STJ, que indeferiu, no entanto, o desentranhamento dos documentos fiscais e bancários - Decisão judicial posterior, devidamente fundamentada, decretando nova quebra do sigilo - Ausência do vício que contaminava a decisão anterior, legitimando a prova produzida - Desentranhamento que, diante desse novo quadro, se mostra desarrazoado e contrário à economia processual - Habeas corpus indeferido.¹³⁴

A prova primeiramente tida como ilícita também poderá ser descontaminada na hipótese de a própria defesa requerer a sua utilização. Nesse sentido julgou o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PREFEITO MUNICIPAL. ARTIGO 1º-I DO DECRETO-LEI 201/67. CONDENAÇÃO. PROVA ILÍCITA. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. FALTA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ORDEM DENEGADA. A quebra do sigilo bancário - não observado o disposto no artigo 38-§ 1º da Lei 4.595/64 - não se traduz em prova ilícita se o réu, corroborando as informações prestadas pela Linstituição bancária, utiliza-as para sustentar sua defesa. Ordem denegada.¹³⁵

¹³³ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 227.

¹³⁴ STF, HC 80724/SP, Primeira Turma, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 19/03/2001, Data de Publicação: DJ 18-05-2001 PP-00065 EMENT VOL-02030-03 PP-00542.

¹³⁵ STF, HC 74197/RS, Segunda Turma, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 25/11/1996, Data de Publicação: DJ 25-04-1997 PP-15200 EMENT VOL-01866-03 PP-00574

Nas hipóteses acima mencionadas, diante da descontaminação posterior, não há que se falar em colisão de direitos fundamentais.

Vale dizer, a prova outrora ilícita é descontaminada – até mesmo, como asseverado, em razão de economia processual – e, por conseguinte, é utilizada – sem que haja sopesamento de outros direitos fundamentais.

4.3.4 Exceções às provas ilícitas por derivação

Como visto, o Brasil adotou a teoria dos frutos da árvore envenenada. No entanto, a prova decorrente da prova ilícita nem sempre estará viciada.

Com efeito, há exceção à prova ilícita por derivação sempre que a prova secundária derivar não apenas daquela prova tida como ilícita, mas for também oriunda de outros elementos trazidos aos autos do processo. Essa é a denominada teoria da não exclusividade.¹³⁶

Nesse sentido posicionou-se o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. NÃO-ACOLHIMENTO. ESCUTA TELEFÔNICA

Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido.¹³⁷

Nesse caso, de fato, também não há que se falar em colisão de direitos fundamentais – e, portanto, em juízo de ponderação por meio do critério da proporcionalidade -, eis que simplesmente a prova secundária não deriva apenas da

¹³⁶ ÁVILA. Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e...* Op. cit. p. 261.

¹³⁷ STF, HC 74599/SP, Primeira Turma, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 02/12/1996, Data de Publicação: DJ 07-02-1997 PP-01340 EMENT VOL-01856-02 PP-00380

prova originária considerada ilícita, mas também de outras provas obtidas de maneira lícita.

A licitude da prova, portanto, resta evidente diante da não exclusividade na colheita da prova lícita.

Em Recurso de *Habeas Corpus*, entendeu o Pretório Excelso que estando a exordial pautada não apenas em prova ilícita decorrente de violação de sigilo bancário não há que se falar em sua inépcia:

RECURSO DE HABEAS CORPUS. CRIMES SOCIETÁRIOS. SONEGAÇÃO FISCAL. PROVA ILÍCITA: VIOLAÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO. COEXISTÊNCIA DE PROVA LÍCITA E AUTÔNOMA. INÉPCIA DA DENÚNCIA: AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO.

1. A prova ilícita, caracterizada pela violação de sigilo bancário sem autorização judicial, não sendo a única mencionada na denúncia, não compromete a validade das demais provas que, por ela não contaminadas e delas não decorrentes, integram o conjunto probatório.

2. Cuidando-se de diligência acerca de emissão de "notas frias", não se pode vedar à Receita Federal o exercício da fiscalização através do exame dos livros contábeis e fiscais da empresa que as emitiu, cabendo ao juiz natural do processo formar a sua convicção sobre se a hipótese comporta ou não conluio entre os titulares das empresas contratante e contratada, em detrimento do erário.

3. Não estando a denúncia respaldada exclusivamente em provas obtidas por meios ilícitos, que devem ser desentranhadas dos autos, não há porque declarar-se a sua inépcia porquanto remanesce prova lícita e autônoma, não contaminada pelo vício de inconstitucionalidade.¹³⁸

Da mesma forma, no julgado acima colacionado, a coexistência da prova lícita e autônoma dispensa a necessidade de sopesamento de outros direitos fundamentais, de forma que a licitude da prova se torna incontestável.

¹³⁸ STF, RHC 74807/MT, Segunda Turma, Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 21/04/1997, Data de Publicação: DJ 20-06-1997 PP-28507 EMENT VOL-01874-04 PP-00663.

4.3.5 Teoria da descoberta inevitável

Há a descoberta inevitável quando a prova – que deriva de uma prova obtida de forma ilícita- seria alcançada ainda que a prova ilícita inexistisse, eis que a continuação da investigação simplesmente culminaria em sua descoberta.

No Brasil, são raras as decisões que acolhem tal teoria – e quando a acolhe, utilizam-se da denominação da teoria da não exclusividade.¹³⁹

Em tais hipóteses também não há a ponderação de direitos fundamentais, eis que a licitude da prova é nítida uma vez que, ainda que oriunda de uma prova ilícita, sua descoberta seria inevitável. Logo, não há colisão com outros direitos fundamentais, pois a licitude é inconteste.

No julgamento do *Habeas Corpus* 73.461, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a prova havia sido colhida por fonte independente; quando, na verdade, houve uma descoberta inevitável.

Senão vejamos:

UTILIZAÇÃO DE GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR TERCEIRO COM A AUTORIZAÇÃO DE UM DOS INTERLOCUTORES SEM O CONHECIMENTO DO OUTRO QUANDO HÁ, PARA ESSA UTILIZAÇÃO, EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE – Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando o crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação suplantada por elementos autônomos e suficientes, em se que se veio a basear a condenação da paciente. Regime inicial fechado devidamente fundamentado pelo julgador.¹⁴⁰

Nessa hipótese, houve a prisão e interrogatório lícitos do amásio da acusada, seguidos de uma interceptação telefônica autorizada judicialmente antes do advento da lei reguladora; e, portanto, considerada ilícita pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, decidiu-se que existia prova independente apta a justificar a prisão da acusada – com base no interrogatório de seu amásio -, mesmo com as

¹³⁹ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 264-5.

¹⁴⁰ STF, HC 73.461/SP, 1ª Turma, Relator: Ministro Octávio Gallotti, DJU 13.12.1996.

circunstâncias concretas da prisão fornecidas em virtude da interceptação telefônica ilícita. Destarte, não houve fonte independente, mas verdadeira descoberta inevitável.¹⁴¹

4.3.6 Prova Ilícita *pro reo*

A rigor, diante de uma prova ilícita capaz de demonstrar a inocência de um acusado não restam dúvidas acerca de sua admissibilidade. Vale dizer, num contexto de Estado Social e Democrático de Direito, é inaceitável sacrificar a verdade para condenar um inocente com base em formalidades.

É certo que tal hipótese diz respeito à admissibilidade da prova não em favor da sociedade, mas em benefício do próprio réu.

Não há como deixar ser abordada tal hipótese que, efetivamente, excepciona a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas – ainda que não configure um exemplo de prova ilícita penal *pro societate* –, em razão da extrema relevância dessa exceção, que encontra, como asseverado, nítida guarida nos ditames de qualquer Estado Social e Democrático de Direito.

Ensinam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros.

Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado e, de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do favor rei.¹⁴²

Nessa perspectiva, há tempos preconiza o Supremo Tribunal Federal que a prova que viola direito, a favor do réu, não é ilícita:

¹⁴¹ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 265.

¹⁴² GRINOVER, op. cit., p.120.

"Habeas corpus". Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. - Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido.¹⁴³

A regra da inadmissibilidade da prova ilícita cede espaço a outro preceito constitucional, que assegura a todo acusado a ampla defesa. Resta evidente, portanto, a existência de colisão entre direitos fundamentais, dentre eles, ressalte-se a presunção de inocência em confronto com o devido processo legal, bem como a necessidade de segurança jurídica em contraposição à própria liberdade, de forma que o critério da proporcionalidade é de irretorquível utilidade para resolver a questão à luz do caso concreto.

4.3.7 Síntese

Após análise de algumas das possíveis relativizações da prova ilícita – sejam tais limitações realizadas por meio de colisões entre direitos fundamentais e, por conseguinte, mediante a utilização do critério da proporcionalidade; ou pela simples utilização da prova para favorecer a sociedade, com base em teorias e institutos, sem que outros valores estejam colidindo - conclui-se que uma posição extremada pela inadmissibilidade das provas ilícitas não encontra guarida na atual conjuntura de valorização dos direitos fundamentais, em que pese serem verificadas algumas resistências nos Tribunais Superiores Brasileiros.

Nessa perspectiva, conforme escólio de Maria Cecília Pontes Carnaúba:

As provas criminais somente não devem ser aceitas no processo quando se constituem em instrumentos geradores de injustiças, e nunca quando o seu uso é indispensável para o fazimento da justiça, que, sendo elemento do Estado de Direito, é um de seus objetivos

¹⁴³ STF, HC 74.678/SP, Primeira Turma, Relator Min. MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 09/06/1997, Data de Publicação: DJ 15-08-1997 PP-37036 EMENT VOL-01878-02 PP-00232.

estruturantes. Se o uso da prova criminal é imprescindível para a materialização da justiça, a prova é inafastavelmente lícita.¹⁴⁴

Em termos hipotéticos, não nos parece justo que, diante da existência da prova da materialidade delitiva e de indícios suficientes de autoria, um indivíduo permaneça sem estar incurso no crime por ele praticado, e, portanto, não seja submetido aos trâmites de uma ação penal em virtude de determinadas formalidades processuais.

É inegável que a jurisprudência pátria, em algumas oportunidades, diante ou não de colisões de direitos fundamentais, prestigia a prova a favor da sociedade. Mas, de fato, há um longo caminho a ser traçado.

Não restam dúvidas, como outrora aludido, que a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas se coaduna com o atual Estado Social e Democrático de Direito, sendo sua importância incontestável, eis que assegura uma série de direitos fundamentais – na maioria de natureza individual. No entanto, não se pode admitir que uma regra prestigie a impunidade e incentive, por conseguinte, a criminalidade.

Há, destarte, a necessidade de proibir a proteção deficiente dos valores sociais.

Doravante se buscará abordar o tratamento da prova em alguns sistemas estrangeiros. Nos casos analisados, a vedação às provas ilícitas também não é vislumbrada de forma intransponível, sendo evidente, por vezes, maior flexibilidade no tratamento da ilicitude.

¹⁴⁴ CARNAÚBA, op. cit., p. 25.

5. A PROVA ILÍCITA NOS SISTEMAS ESTRANGEIROS

Com efeito, o presente capítulo tem por escopo realizar um breve estudo acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros, sobretudo no que tange à aceitação da prova ilícita *pro societate*.

Inegavelmente esta análise é de grande utilidade, eis que, com a devida cautela, pode servir como recurso apto a solucionar problemas atinentes à prova ilícita no sistema nacional.

5.1 NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

No sistema estadunidense as regras de exclusão de provas obtidas por meios ilícitos (*exclusionary rules*) tem como berço a Corte Suprema dos Estados Unidos da América.

Nas palavras de Craig M. Bradley: “In the United States, most of the law of criminal procedure comes from United States Supreme Court’s interpretation of the Constitution, in particular of Fourth, Fifth and Sixth Amendments.”¹⁴⁵

Seguindo o escólio de Thiago André Pierobom de Ávila:

As regras de exclusão são uma construção da Corte Suprema Americana (*judge made rule*) diante da grande variedade de atuações policiais irregulares constitutivas de violação às Emendas IV, V, VI e XIV. Nesse sistema de *case law*, foram os pronunciamentos judiciais que sedimentaram uma série de regras de direito jurisprudencial, posteriormente sistematizadas pelos comentários doutrinários.¹⁴⁶

A Corte Suprema estadunidense, a partir da Quarta Emenda¹⁴⁷, criou a regra de exclusão, de forma a estabelecer o direito a um campo de privacidade do

¹⁴⁵ BRADLEY, Craig M. **Criminal procedure**: a worldwide study. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2007. p. 519.

¹⁴⁶ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 136-7.

¹⁴⁷ Amendment IV: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but

indivíduo em face do Estado, com o desiderato de coibir abusos na atividade persecutória. Por meio dessa Emenda, buscou-se proteger o direito à intimidade da pessoa, estabelecendo, ademais, os requisitos para a violação do domicílio, dentre eles, a razoabilidade para a expedição de eventual mandado de busca e apreensão.

Da mesma forma, a Quinta Emenda¹⁴⁸ foi extremamente relevante para a construção da regra de exclusão, trazendo como disposições o direito a não auto-incriminação e a criação do devido processo legal – o que, efetivamente, garantiu o futuro controle constitucionalidade realizado pela Corte Suprema estadunidense.

A Sexta Emenda¹⁴⁹, por sua vez, estabeleceu o direito à assistência de advogado, introduzindo, ademais, as noções de julgamento célere, público e realizado por um júri imparcial.

Aludidas emendas compõe a parte original da *Bill of Rights* americana de 1791. Já a Décima Quarta Emenda¹⁵⁰, de 1868, foi editada no contexto de pós

upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

¹⁴⁸ Amendment V: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

¹⁴⁹ Amendment VI: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.”

¹⁵⁰ Amendment Passed by Congress June 13, 1866. Ratified July 9, 1868.

Note: Article I, section 2, of the Constitution was modified by section 2 of the 14th amendment.

Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

Section 2. Representatives shall be apportioned among the several States according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each State, excluding Indians not taxed. But when the right to vote at any election for the choice of electors for President and Vice-President of the United States, Representatives in Congress, the Executive and Judicial officers of a State, or the members of the Legislature thereof, is denied to any of the male inhabitants of such State, being twenty-one years of age,* and citizens of the United States, or in any way abridged, except for participation in rebellion, or other crime, the basis of representation therein shall be reduced in the proportion which the number of such male citizens shall bear to the whole number of male citizens twenty-one years of age in such State.

Section 3. No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice-President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the

guerra civil e integra as denominadas Emendas de Reconstrução, cuja finalidade, foi articular os princípios da ordem nacional, garantir a abolição da escravidão, bem como elevar a nível constitucional a igualdade dos cidadãos e, no que tange à Décima Quarta Emenda, estender para os Estados federados a garantia do devido processo legal.¹⁵¹

5.1.1 Antecedentes da regra de exclusão

Como é cediço, a jurisprudência estadunidense tem como antecedentes os mandamentos do *commom law*, dentre os quais qualquer prova relacionada com o delito deve ser admitida em juízo. Contudo, como outrora asseverado, verifica-se a manifesta vigência de regras de exclusão. Vale dizer: há discussão em juízo acerca da forma de obtenção das provas. Não há, destarte, como regra geral, a admissibilidade imediata dos meios de prova.

Segundo Craig M. Bradley:

In the United States, unlike other countries, the exclusionary rule is mandatory, not subject to the discretion of the trial judge. That is, once it has been determined that the police conduct in question break the “rules”, as set forth in the cases discussed, then the evidence that was obtained as result of that violation (including indirect “fruits of the poisonous tree”) may not be used in court, at least in the prosecution’s case-chief.¹⁵²

O embrião da regra de exclusão pode ser vislumbrado no caso *Boyd v. United States*, no qual a Corte Suprema, em 1886, inadmitiu como prova determinados documentos contábeis oriundos de uma exibição em processo cível de confisco, por configurar evidente afronta ao mandamento da não auto-incriminação.

Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability.

Section 4. The validity of the public debt of the United States, authorized by law, including debts incurred for payment of pensions and bounties for services in suppressing insurrection or rebellion, shall not be questioned. But neither the United States nor any State shall assume or pay any debt or obligation incurred in aid of insurrection or rebellion against the United States, or any claim for the loss or emancipation of any slave; but all such debts, obligations and claims shall be held illegal and void.

Section 5. The Congress shall have the power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article.

¹⁵¹ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 138.

¹⁵² BRADLEY, op. cit., p. 530.

A verdadeira aparição da regra de exclusão em nível federal se deu em *Weeks v. United States* (1914). Neste caso, agentes da polícia federal e estadual, em conjunto, interceptaram, sem qualquer autorização judicial, a correspondência de um investigado em procedimento penal. Para inadmitir tal prova, a Corte Suprema não se valeu, apenas, do argumento simplista utilizado no caso *Boyd* no que tange a não auto-incriminação, mas invocou a violação à Quarta Emenda ante a ausência de autorização judicial para a interceptação.

Importante ressalva, no entanto, deve ser feita: em que pese o considerável avanço garantista na jurisprudência estadunidense, *Weeks* não abarcou as condutas dos agentes estaduais, deixando que elas fossem regradas pelas respectivas legislações; a regra de exclusão foi estendida, tão somente, às ações dos agentes federais. Destarte, surgiu a chamada “teoria da bandeja de prata” (silver platter doctrine), segundo a qual são admitidas em juízos federais as provas obtidas por agentes estaduais, independentemente do modo como foram obtidas.¹⁵³

Foi somente no caso *Wolf v. Colorado* (1949) que houve a extensão dos pressupostos da regra de exclusão aos Estados federados, iniciando, nessa toada, um ciclo de garantias dos indivíduos nos procedimentos penais – dentre elas a possibilidade de responsabilização penal dos agentes policiais diante de *searches and seizures* arbitrárias.¹⁵⁴

A revogação da “teoria da bandeja de prata” ocorreu no caso *Elkins v. United States* (1960), no qual policiais estaduais realizaram apreensão domiciliais de gravações de conversas telefônicas clandestinas sem a devida autorização judicial. A Corte Suprema invocando a Quarta Emenda inadmitiu a utilização dessa prova, de forma que o precedente *Wolfs* simplesmente derogou o precedente *Weeks*.

Nas palavras de Thiago André Pierobom de Ávila:

A justificação foi de que havia uma quebra do sistema federativo na teoria de *Weeks*, pois permitia que uma Corte Federal de um Estado admitisse provas ilícitas obtidas por agentes estaduais se aquele Estado não possuísse uma regra de exclusão, e uma Corte Federal

¹⁵³ ÁVILA, op. cit., p. 140.

¹⁵⁴ Ao longo da década de cinquenta, várias foram as decisões que permitiram a integridade da regra de exclusão. Dentre elas, destaque-se *Rochin v. California* (1952).

de outro estado não as admitisse, caso o Estado inadmitisse a prova.¹⁵⁵

Sobreleva salientar que a plena extensão da regra de exclusão a todos os procedimentos penais nos Estados Unidos ocorreu apenas no caso *Mapp v. Ohio* (1961), que derogou, por definitivo, o precedente *Wolf* no que tange à liberdade dos Estados de criarem seus próprios remédios contra eventuais arbitrariedades.¹⁵⁶

Neste caso, a polícia Ohio, em investigação de um recente atentado terrorista, recebeu a notícia de que um suspeito possuía explosivos em seu domicílio. Na posse dessas informações, os agentes policiais dirigiram-se ao local, não tendo sido franqueada pela Sra. Dolly Mapp a entrada na residência. Em virtude da negativa, os agentes, com uma falsa ordem judicial, novamente voltaram ao local e, uma vez não atendidos, arrombaram e ingressaram na residência. Lá estando, não encontraram qualquer explosivo, mas lograram localizar revistas pornográficas – o que constituía crime na legislação estadual. Com base no material apreendido, a Sra. Dolly Mapp foi condenada, pelos Tribunais estaduais, por posse de materiais obscenos.

Irresignada com o teor do veredicto, a ré apelou para a Corte Suprema que, por seu turno, elevou a regra de exclusão – antes apenas regra de direito probatório – a nível constitucional. A partir dessa decisão, a Corte estendeu a regra de exclusão também para as lesões às Quinta e Sexta Emendas.

Importante lembrar o precedente *Miranda v. Arizona* (1966). Neste caso, Miranda, sem que lhe fosse esclarecido o direito à presença de um advogado, confessou os delitos de sequestro e estupro. A Corte Suprema – na época sob a presidência de Warren – anulou a condenação sob o argumento de que os agentes policiais deveriam informar o investigado acerca do seu direito de permanecer em silêncio, bem como de ser assistido por um advogado. A partir deste precedente, houve uma mudança drástica na prática dos agentes policiais que, no momento da prisão, passaram a ministrar os *Miranda warnings*, sob pena de exclusão de eventual confissão feita pelo investigado.¹⁵⁷

¹⁵⁵ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 143.

¹⁵⁶ Ibid., p. 144.

¹⁵⁷ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 145-6.

5.1.2 Restrições à regra de exclusão

Com efeito, entre os anos de 1953 a 1969, a Corte Suprema, sob a presidência do juiz Earl Warren, manteve inúmeras decisões de cunho garantista – e também ativista -, o que gerou um mal-estar no meio político e jurídico. Nesta toada, as novas indicações para a Corte Suprema incidiram em juízes com visão menos radicais – e, muitas vezes, com reputação de manter a linha de lei e ordem. Na presidência da Corte Suprema, o juiz Warren E. Burger, apesar de não ter revogado as principais decisões da Corte Warren, definitivamente passou a formular restrições à regra de exceção.¹⁵⁸

Apenas a título de exemplo, em *One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania* (1965), a Corte Warren, com base no precedente *Boyd*, estabeleceu que fosse aplicável a regra de exclusão a procedimentos não criminais, como, no caso, de apreensão de bebidas alcoólicas clandestinas no interior de um veículo. Posteriormente, em *United States v. Janis* (1976), a Corte Burger reviu este entendimento, afirmando que, para procedimentos civis, como os de confisco, há reduzido o efeito dissuasório apto a justificar a regra, que é endereçada de forma precípua aos procedimentos criminais.¹⁵⁹

Nessa perspectiva, já restava nítido que a Corte Burger sinalizava para a necessidade de ponderação de interesses no caso concreto, bem como a determinação de restrições à regra de exclusão e, a partir precedente *United States v. Calandra* (1974), a regra de exclusão foi desconstitucionalizada.

Conforme escólio de Thiago André Pierobom de Ávila:

A partir do precedente *Calandra*, a regra de exclusão passou a ter como justificativa fundamental o efeito dissuasório das violações realizadas pelos agentes policiais do Estado (deterrence of policial misconduct), limitando-se sua aplicação aos particulares ou outras autoridades. Em *United States v. Jacobsen* (1984) a Corte Suprema reafirmou um antigo precedente (*Burdeau v. McDowell*, 1921) e concluiu que uma violação indevida da correspondência realizada por funcionários de uma empresa particular de transporte (*Federal Express*), que nela localizaram um pó branco e chamaram os

¹⁵⁸ Ibid., p. 147.

¹⁵⁹ Ibid., p. 147.

policiais, não viciava a posterior atuação dos policiais que verificaram se tratar de cocaína. Na mesma linha, entendendo pela inaplicabilidade da regra de exclusão a provas obtidas por agentes policiais estrangeiros e usadas em processos estadunidenses, em *United States v. Verdugo-Urquidez* (1990) julgou-se válida uma busca e apreensão realizada no México, pelas autoridades mexicanas, sem mandado e sem justa causa, pois não era possível um efeito dissuasório sobre autoridades alheias à soberania estadunidense.¹⁶⁰

Atualmente, o que se verifica é que, após construir a regra de exclusão em *Mapp*, a Corte passou a restringir o seu alcance, valendo-se, sobretudo, da técnica de ponderação de interesses. No entanto, o que se verifica, por vezes, não são apenas limitações, mas também exceções à regra de exclusão.

5.1.3 Exceções à regra de exclusão

A primeira das exceções a ser destacada se dá no âmbito da Quarta Emenda e é denominada exceção de boa-fé (*good faith exception*), sendo relativa aos requisitos para o cumprimento dos mandados de busca e apreensão.¹⁶¹

Tal exceção foi introduzida com o precedente *United States v. Leon* (1984) e é marco do declínio da regra de exclusão. Nesse caso, a Corte Suprema reconheceu como válida uma busca e apreensão policial realizada com uma autorização judicial não plausível, pois considerou que a boa fé dos policiais que cumpriram o mandado justificou o procedimento.

Em outros procedimentos, a Corte Suprema validou buscas e apreensões ainda que sem autorização judicial. Ressalte-se o caso *Illinois v. Krull* (1987), no qual a Corte Suprema manteve a validade de uma busca e apreensão realizada com base em lei estadual posteriormente declarada inconstitucional. Da mesma forma, em *Arizona v. Evans* (1995), foi considerada válida a apreensão de drogas em uma busca pessoal, com base em mandado revogado, mas sem que este fato fosse comunicado aos policiais.¹⁶²

¹⁶⁰ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 149.

¹⁶¹ Ibid., p. 150-51.

¹⁶² ÁVILA, op. cit., 2006. p. 151.

Tem-se, portanto que a exceção é admitida quando o agente de polícia age com boa-fé.

Outra exceção a ser destacada é a exceção de impugnação (impeachment exception), cuja finalidade é permitir a utilização de provas excluídas para impugnar a credibilidade das declarações do confidente. Vale consignar: no sistema estadunidense, o acusado tem direito ao silêncio, mas, se mentir, estará incurso no crime de perjúrio.

Como bem salienta Thiago André Pierobom de Ávila:

Assim, caso o acusado permaneça em silêncio, a prova será inadmissível; caso minta em seu interrogatório em juízo (trial), transformando a garantia em perjúrio, poderá a acusação aportar ao processo as provas excluídas, para o fim específico de impugnar a credibilidade das declarações do réu mendaz, jamais para provas diretamente sua culpabilidade.¹⁶³

Em *Walder v. United States* (1954), uma busca de entorpecentes foi considerada inválida em virtude de irregularidades formais. Em juízo, o acusado afirmou que nunca havia visto drogas, alegação, esta, em total contrariedade com a prova excluída. A Corte Suprema, em virtude do crime de perjúrio, admitiu que a acusação se valesse da prova outrora inadmitida.¹⁶⁴

Também em *Harris v. New York* (1971), uma violação aos *Miranda warnings* foi convalidada em virtude do crime de perjúrio.

Ressalte-se que tal exceção de impugnação apenas é aplicável ao interrogatório do acusado e se refere às questões principais. O objetivo dessa exceção é, evidentemente, legitimar provas ilícitas a fim de repreender a criminalidade.

Outra exceção à regra de exclusão denomina-se exceção de erro inócuo (*harmless error exception*), cuja aplicação se dá em erros procedimentais que não ofendam significativamente os direitos das partes.

¹⁶³ Ibid., p. 152.

¹⁶⁴ Ibid., p. 152.

Em *Chapman v. California* (1967), a Corte Suprema estadunidense entendeu que, em determinados casos, a violação a direitos fundamentais do acusado pode ser considerada como erro inócuo, eis que não influi diretamente na condenação. Posteriormente, em *Arizona v. Fulminante* (1991), a Corte Suprema distinguiu as violações a direitos processuais constitucionais em erros processuais (*trial errors*) e erros estruturais (*structural errors*), sendo que apenas os primeiros podem ser considerados inócuos pelo juízo para admitir a prova – constituem, destarte, violações às formalidades conferidas pelas Quarta, Quinta e Sexta Emendas. Já os erros estruturais, por englobarem todo o processo, jamais poderão ser considerados inócuos, de modo que viciam o processo como um todo.¹⁶⁵

Nessa perspectiva, tem-se que a violação a direitos meramente processuais pode ensejar um tratamento diferenciado em razão da gravidade da lesão, de forma que a presença de uma prova ilícita não vicia todo o procedimento.¹⁶⁶

Imperioso asseverar, por fim, que existem limitações relativas à legitimidade para requerer a exclusão de provas consideradas ilícitas (*standing for motion to suppress*).¹⁶⁷

Nas hipóteses de busca e apreensão, a legitimidade para requerer tal exclusão é somente daquele que possui uma legítima expectativa de privacidade própria e que foi violada pela busca.

Em *Rakkas v. Illinois* (1978), a Corte Suprema decidiu que na busca em um veículo, sem causa provável, os passageiros que não eram proprietários do veículo, nem das armas ilegais nele encontradas, não possuíam legítima expectativa de privacidade, de modo que não poderiam requerer a exclusão de eventual prova ilícita.¹⁶⁸

Entendeu-se que ainda que o requerente fosse proprietário do bem, se este estivesse em área de privacidade de terceiro não poderia ser suscitado o *motion to suppress*. Em *Rawlings v. Kentucky* (1980), o acusado solicitou a sua amiga Cox que levasse em sua bolsa um pacote de LSD fechado, sendo que ela desconhecia o

¹⁶⁵ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 153.

¹⁶⁶ Ibid., p.153-4.

¹⁶⁷ Ibid., p.154-5.

¹⁶⁸ Ibid., p. 154.

conteúdo. Em revista pessoal sem motivo justificado, os policiais lograram localizar o entorpecente, tendo o acusado alegado ser o proprietário. Em juízo, requereu a exclusão da prova. A Corte Suprema, por seu turno, entendeu pela ausência de legitimidade para requerer tal exclusão, eis que inexistia para o acusado qualquer expectativa de privacidade sobre a bolsa de Cox.¹⁶⁹

Em *Minnesota v. Carter* (1998), houve uma compra de entorpecentes no interior da residência da Sra. Thompson. Após a saída dos compradores, o veículo por eles ocupado foi parado por policiais que, após revista, lograram localizar as substâncias entorpecentes. Ato contínuo, retornaram à residência da Sra. Thompson e executaram uma busca e apreensão, sem, contudo, estarem munidos de mandado. Com efeito, a Corte Suprema entendeu como válida a apreensão da droga na casa da Sra. Thompson como prova contra os compradores – ainda que ausente autorização judicial -, eis que não possuíam legítima expectativa de privacidade sobre a residência.¹⁷⁰

Nessa toada, tem-se que as limitações de legitimidade também constituem um importante instrumento de exceção à regra de exclusão.

5.1.4 Ilícitude por derivação nos Estados Unidos

A partir do precedente *Silverthorne Lumber & Co. v. United States* (1920), a Corte Suprema estadunidense construiu a já mencionada teoria dos frutos da árvore envenenada, cujo objetivo foi controlar os modos de investigação da polícia estadunidense, extremamente descentralizada.¹⁷¹ De fato, esta teoria tem por objetivo determinar a relação de causa e efeito entre a prova originariamente ilícita e aquelas que dela derivam.

Conforme Craig M. Bradley:

[...] the exclusionary rule applies not only to real evidences or statements obtained directly by violation the rules, but also to the “fruit of the poisonous tree”. Thus, if the police, illegally searching A’s house, find a map that shows where stolen money is hidden, the

¹⁶⁹ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 154.

¹⁷⁰ Ibid., p. 155.

¹⁷¹ Ibid., ÁVILA. p.156–7.

money must also be excluded from the prosecution's case. It is a "fruit" of the illegal search. Similarly, consents to search, and incriminating statements, obtained after illegal stops and/or arrests are not usable.¹⁷²

A Corte Suprema construiu, da mesma forma, critérios para a não aplicação dessa teoria. Com efeito, não é incomum que tais critérios sejam denominados como exceções, porém tratam, na realidade, de situações em que a mencionada relação de causa e efeito não é suficientemente direta, conforme se buscará demonstrar.

5.1.4.1 Teoria da fonte independente (*independent source doctrine*)

De acordo com esta teoria, se existem duas fontes, sendo uma delas ilícita e a outra válida, a prova derivada não será contaminada, uma vez que há uma fonte independente e válida, apta, portanto, a sustentar a produção de outras provas.

Dentre as inúmeras aplicações desta teoria, imperioso salientar o precedente *Murray v. United States*. Neste caso, os policiais, após perceberem uma atividade suspeita de tráfico de drogas em uma residência, ali entraram sem autorização judicial e confirmaram a suspeita.¹⁷³

Posteriormente, devidamente munidos de mandado de busca e apreensão judicial, novamente ingressaram na residência e apreenderam as substâncias ilícitas.

A Corte Suprema entendeu pela licitude da prova, pois, ainda que os policiais não tivessem, em um primeiro momento, ingressado na residência sem autorização judicial, o mandado seria expedido, de forma a justificar a entrada legal dos agentes no local.

¹⁷² BRADLEY, op. cit., p.531–2.

¹⁷³ ÁVILA, op. cit., 2006. p. 158.

5.1.4.2 Teoria do nexo causal atenuado (*attenuated connection doctrine*)

Conforme esta teoria, se uma prova derivar de outra tida como ilícita, mas de forma que vício possa ser diluído (*dissipate the taint*), não há aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.¹⁷⁴

O desenvolvimento dessa teoria se deu no caso *Wong Sun v. United States* (1963).¹⁷⁵ Nesse caso, a polícia ingressou na residência de Toy, sem autorização judicial, logrando encontrar drogas, o que ensejou a prisão do morador. Em seu interrogatório, Toy afirmou que Yee lhe vendeu a droga. De posse de um mandado de busca e apreensão, a polícia ingressou no domicílio de Yee, e após encontrar entorpecentes, realizou sua prisão. No interrogatório de Yee, este incriminou Wong Sun que, uma vez localizado, também foi interrogado, mas sem as advertências de *Miranda warnings*. Após, retornou à delegacia voluntariamente e, com as advertências de *Miranda*, confessou o crime. A Corte Suprema entendeu que os materiais apreendidos de Toy e Yee eram decorrentes de prova ilícita. Contudo, julgou válida a segunda confissão de Wong Sun, ante a dissipação do vício da prova ilícita.

Vale ressaltar que apenas no caso concreto é possível vislumbrar as circunstâncias que permitem a diluição do vício. Porém, a doutrina estadunidense buscou sistematizar os precedentes.

Nessa toada, tem-se que quanto maior é o tempo transcorrido entre a primeira ilegalidade e a obtenção das provas derivadas, maior será a diluição do vício. Logo, será mais provável que os Tribunais apliquem a teoria do nexo causal atenuado.

A gravidade da violação originária também há de ser analisada, de forma que quanto mais envenenada estiver a árvore, mais provável que seus frutos estejam podres.

¹⁷⁴ ÁVILA, op. cit., 2006. p.158–60.

¹⁷⁵ Ibid., p. 159.

No mais, considera-se a natureza da prova derivada. Em *United States v. Ceccolini* (1978)¹⁷⁶, a Corte Suprema entendeu que a prova testemunhal possibilita maior diluição de vícios, se comparada com as provas materiais.

Por fim, a Corte Suprema considera que a teoria dos frutos da árvore envenenada não pode ser aplicada quando a árvore é uma confissão obtida sem as advertências de *Miranda*, com exceção das situações de grave coação.

5.1.4.3 Exceção da descoberta inevitável (*inevitable discovery exception*)

De acordo com esta teoria, se a prova derivada de uma prova ilícita seria inevitavelmente obtida, não há aplicação da teoria da árvore dos frutos envenenados.

A origem dessa teoria se deu em *Nix v. Williams* (1984).¹⁷⁷ Neste caso, o acusado havia matado uma criança e escondido seu corpo. Durante um enorme processo de busca, o acusado realizou uma confissão, obtida ilegalmente, indicando o local onde se encontrava o corpo. Diante dessa informação, os policiais dirigiram-se ao local informado e apreenderam o corpo. A Corte Suprema entendeu que a confissão do acusado, de fato, era ilegal; no entanto, a apreensão era válida, eis que sua descoberta seria inevitável. Entendeu-se, ademais, que o ônus da prova acerca da descoberta inevitável recaia sobre a acusação.

5.1.5 Síntese

Após a breve análise acerca do tratamento da prova no sistema estadunidense, verifica-se que, em que pese a observância da regra de exclusão, sua aplicação não é ilimitada.

Vale dizer, a Corte Suprema, ao verificar inúmeras disfunções na justiça penal, e com o desiderato de fazer justiça no caso concreto, passou a excepcionar a regra de exclusão.

¹⁷⁶ ÁVILA, op. cit., p. 160.

¹⁷⁷ Ibid., p. 161.

5.2 NA ALEMANHA

Na Alemanha, o tema das provas ilícitas é tratado com a denominação de proibições de provas. A Lei Fundamental Alemã não trata especificamente da questão, de forma que doutrina e jurisprudência ficam encarregadas de abordá-la.¹⁷⁸

A doutrina alemã assevera que existem duas espécies de proibição de provas, quais sejam a proibição de prática de prova e a proibição de utilização de prova.

No que toca à proibição de prática de prova, são quatro os limites conferidos para a produção da prova no direito processual.

A primeira espécie de proibição de prática de prova são as denominadas proibições de temas probatórios. Vale dizer, determinados fatos – como a revelação de um segredo, sem autorização, por um funcionário do Estado – não podem ser objeto de prova.

A segunda espécie denomina-se proibições de meios de prova, cujo exemplo poderia ser a afronta ao parágrafo 256 do Código de Processo Penal Alemão (*StPO-Strafprozessordnung*) que proíbe a utilização das declarações escritas de um médico sobre seu paciente.¹⁷⁹

A terceira espécie são as proibições de métodos probatórios, como o interrogatório obtido mediante coação.

Por fim, a última espécie são as proibições probatórias relativas que compreendem determinadas diligências que apenas podem ser autorizadas por determinadas pessoas, como a quebra do sigilo telefônico.

Já as proibições de utilização de prova podem ser classificadas em duas espécies, quais sejam: dependentes – baseadas na lesão de uma produção de prova prevista em lei – e independentes - não previstas em lei, mas que derivam de preceitos constitucionais.

¹⁷⁸ ÁVILA, op. cit., p.166–76.

¹⁷⁹ Ibid., p.166–76.

Ressalte-se que as proibições dependentes são raramente restringidas pela jurisprudência, ao contrário do que se vislumbra nas proibições independentes.

De fato, há grande flexibilidade no sistema jurisprudencial alemão. Apenas a título de exemplo, vale ressaltar a amplitude do campo de atuação da polícia alemã para a realização de determinadas diligências. Com efeito, a Lei Fundamental Alemã determina que a violação de domicílio exige autorização judicial; ou, na hipótese de a demora comprometer a efetividade da diligência, esta pode ser autorizada por autoridades previstas em lei – dentre elas, o promotor justiça -, e, posteriormente, ratificada judicialmente no prazo de três dias.¹⁸⁰

Da mesma forma, as escutas telefônicas raramente são inadmitidas. O BGH – *Bundesgerichtshof* (Superior Tribunal Federal) - proíbe as interceptações somente diante de erros grosseiros.

Além das exceções específicas, imperioso ressaltar a teoria desenvolvida pelo BGH denominada “teoria das esferas jurídicas”, segundo a qual a valoração das provas obtidas depende da relevância em que atinge os direitos do acusado. Insta consignar: a prova poderá ser admitida – ainda que maculada – se não violar condição jurídica específica do acusado – apenas para exemplificar: na hipótese de violação ao direito de não auto-incriminação, a prova pode ser admitida se o acusado tiver conhecimento do seu direito ao silêncio.¹⁸¹

Outra relevante teoria na jurisprudência alemã é denominada “teoria dos três degraus”, construída pelo BVerfG – *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha), no que tange às colisões de princípios sobre o direito à privacidade.¹⁸²

Segundo tal teoria, são três esferas da vida essencial. No círculo mais interno, há o núcleo essencial da vida privada, que não comporta ponderação de interesses. Exemplo dessa área é a proibição de utilização de um diário com introspecções íntimas.¹⁸³ Em uma área intermediária, há a área normal da vida privada que está

¹⁸⁰ ÁVILA, op. it., p. 169.

¹⁸¹ Ibid., p. 170.

¹⁸² Ibid., p. 171.

¹⁸³ ÁVILA, op. cit., 2006. .p. 171.

sujeita a colisão com outros direitos. Por fim, há uma área da vida normal, que normalmente está sujeita à publicidade.

É incontestável a relevância desta teoria, contudo o problema central está na delimitação entre o círculo mais interno e o intermediário, vale dizer, apenas o caso concreto é capaz de revelar quando é possível a ponderação de interesses.

No que tange à ilicitude por derivação, conforme entendimento majoritário, não há aplicação do efeito à distância para estender a inadmissibilidade de uma prova ilícita, sendo admitidas, ademais, as exceções de fonte independente e descoberta inevitável.

Nessa perspectiva, após breve análise do sistema de provas alemão, verifica-se que há uma flexibilidade no tratamento da ilicitude.

O sistema alemão, de fato, não possui uma regra geral de exclusão, mas analisa pontualmente os casos, buscando vedar apenas aquelas provas que violem de forma grave os direitos fundamentais.

5.3 NA INGLATERRA

No sistema de *commom law* inglês, a regra geral também é a da liberdade nos meios de prova. No entanto, o *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 – PACE passou a conferir ao magistrado discricionariedade no que tange à exclusão de provas.¹⁸⁴

Insta consignar: os limites dessa discricionariedade são delineados pelo próprio conceito de justiça, incluindo-se, ademais, a gravidade do delito nesse controle de admissibilidade.

No mais, em geral, a prova é excluída com base na confiabilidade de seu valor probatório. Vale dizer, como regra, as provas reais são tidas como mais confiáveis e, portanto, são mais admitidas, de forma que a maior incidência da inadmissibilidade de provas se dá diante dos vícios do interrogatório, sendo que o

¹⁸⁴ Ibid., p.191-2.

PACE inadmite o interrogatório obtido mediante coação, contudo não proíbe a prova dele derivada.¹⁸⁵

Importante ressaltar, também, que, em outubro de 2000, entrou em vigor na Inglaterra o *Human Rights Act* de 1998 (HRA), que incorporou ao direito inglês o direito ao *fair trial*, reiterando, ademais, as garantias do PACE.

Nesse contexto, o juiz inglês pode ignorar precedentes de *commom law* que estiverem em desacordo com a Convenção, o que revela a evidente flexibilidade da Corte Inglesa no que diz respeito ao tratamento da prova.

5.4 SÍNTESE

Após breve análise do tratamento das provas no sistema estrangeiro, verifica-se maior flexibilidade para admitir a prova – ainda que ilícita – a fim de assegurar a proibição da proteção deficiente.

A crescente criminalidade vislumbrada no Brasil força a conclusão de que a eventual flexibilidade da regra do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal é medida necessária, justamente para proteger direitos fundamentais da sociedade.

Nesta perspectiva, tem-se que o estudo de precedentes estrangeiros que mitigam a regra da vedação às provas ilícitas é essencial para a evolução do direito nacional – no qual não é raro se vislumbrar a hipertrofia da regra da inadmissibilidade das provas ilícitas, como consequência de um “garantismo” excessivo.

Apenas a título de exemplo, cumpre citar que a jurisprudência pátria, ao contrário do que se vislumbra nos Estados Unidos da América e na Alemanha, não admite a relativização da regra da inadmissibilidade quando se trata de prova ilícita produzida por particulares.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do *Habeas Corpus* 80.948, asseverou:

¹⁸⁵ ÁVILA, op. cit., p. 191.

Habeas Corpus. 2. Notitia criminis originária de representação formulada por Deputado Federal com base em degravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados na representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. 6. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita.¹⁸⁶

Insta consignar: em análise crítica a vertente do garantismo negativo parece ainda vigorar com maior intensidade na jurisprudência pátria, uma vez que, em comparação com o tratamento das provas no direito estrangeiro, há no sistema nacional inegavelmente maior proteção dos direitos do indivíduo – em face do Estado -, por vezes em afronta aos demais direitos fundamentais.

¹⁸⁶ STF - HC: 80948 ES , Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 06/08/2001, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-12-2001 PP-00004 EMENT VOL-02054-02 PP-00309.

CONCLUSÃO

A presente dissertação teve por escopo demonstrar que, em situações excepcionais, a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas, consagrada constitucionalmente no artigo 5º, LVI, pode ser relativizada, de forma que a prova ilícita penal pode ser utilizada pro *societate* – e, por conseguinte, em desfavor do acusado.

Com o objetivo de facilitar a conclusão do trabalho, as ideias serão sintetizadas por meio de teses:

1. Provar é estabelecer a verdade que se tem sobre um determinado fato.
2. São duas as concepções de verdade: material e formal. A verdade material impõe uma postura ativa, por parte do magistrado, para a descoberta dos fatos, enquanto a verdade formal não exige tal posicionamento, de modo que o juiz pode atuar de forma mais condescendente.
3. O sistema vigente, no que tange à avaliação das provas, é o do livre convencimento motivado – que admite que o juiz realize a graduação das provas, desde que fundamente sua decisão. No entanto, resquícios dos sistemas da íntima convicção – que dispensa a fundamentação do magistrado – e da prova tarifada – que inadmite qualquer valoração da prova pelo juiz – são ainda vislumbrados, exemplos são o Tribunal do Júri e a exigência de laudo de exame de corpo de delito nos crimes materiais, respectivamente.
4. A verdade que mais interessa ao processo é aquela que mais se aproxima da realidade e que, ademais, atende às regras do devido processo legal.
5. Como consequência direta dessa busca pela verdade há o direito à prova; direito, este, de natureza fundamental – e, justamente em virtude desse caráter, revela-se como verdadeira manifestação do direito da cidadania.
6. O direito à prova está atrelado aos direitos de ação e de defesa e é essa ligação que garante seu *status* de direito fundamental.

7. A rigor, o direito à prova possui grande relevância para a acusação, já que o acusado goza da presunção de inocência. Ressalte-se que, ao mesmo tempo em que há o direito à prova, existe, também, uma necessidade de proteção penal.

8. Destarte, por ser um direito fundamental, o direito à prova apenas pode ser limitado em situações excepcionais. Disso decorre o princípio da liberdade nos meios de prova: as limitações ao direito à prova são verdadeiras exceções, eis que a regra é a sua admissibilidade.

9. Essa liberdade não é, contudo, sinônimo de anarquia: incumbe ao Estado Democrático de Direito realizar a busca pela verdade e, também, limitar tal busca em situações excepcionais – não se pode admitir que os agentes do Estado cometam crimes na procura indefessa pela verdade.

10. Como afirmado, a prova é o meio pelo qual a verdade é revelada. A função precípua da prova é demonstrar que um fato existiu. Assim, o conceito de prova pode ser concebido como qualquer meio hábil a levar ao conhecimento do juiz e das partes a existência de um fato.

11. São objeto de prova todos os fatos e acontecimentos que possam influir na convicção do magistrado para imputar a responsabilidade penal e fixar a pena.

12. O ônus da prova é conferido ao órgão acusatório, eis que, como é cediço, vigora no processo penal a presunção de inocência.

13. Conforme asseverado, a regra é a admissibilidade das provas. Porém, a Constituição Federal Brasileira de 1988, a fim de assegurar as garantias constitucionais, prescreveu, no artigo 5º, LVI, a inadmissibilidade das provas ilícitas. Portanto, é direito do acusado a garantia de um procedimento judicial legítimo. Isto é, a verdade deve ser alcançada com base em diligências lícitas.

14. As vedações à utilização da prova podem ser de natureza processual ou extraprocessual. Na primeira hipótese, a vedação visa a impedir que o vício comprometa a veracidade das informações. Já no segundo caso, a vedação se dá por razões políticas, para proteger outros bens jurídicos.

15. O Código de Processo Penal, no artigo 157, repetiu a vedação constitucional acerca das provas ilícitas, determinando que elas sejam desentranhadas dos autos. Asseverou, ainda, que as provas ilícitas são aquelas que violam normas constitucionais ou legais.

16. A prova obtida em violação à norma constitucional fere alguma garantia da Constituição Federal. No que diz respeito à prova ilícita decorrente de violação legal, são inúmeras as possibilidades, de forma que a vedação, em termos de obtenção da prova, gera a classificação das provas ilícitas em (i) provas ilícitas em sentido estrito e (ii) provas ilegítimas.

17. As provas ilícitas em sentido estrito são obtidas com violação às normas de direito material (prova colhida mediante tortura, por exemplo). Já as provas ilegítimas desrespeitam normas processuais (desrespeito ao artigo 158, do CPP, a título de exemplo).

18. Nessa perspectiva, a prova ilícita em sentido estrito é inadmissível, enquanto a prova ilegítima é nula. Ademais, vale como regra geral: se a prova for obtida fora do processo ela será inadmissível, mas se ela desrespeitar o procedimento para sua realização, dentro do processo, ela será nula.

19. Para fins deste trabalho, no entanto, a denominação provas ilícitas foi utilizada tanto para as provas ilícitas em sentido estrito, como para as provas ilegítimas.

20. No parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, o legislador dispôs que também são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas – são as hipóteses em que a prova foi obtida de maneira lícita, mas a partir de informações captadas de forma ilícita. No direito brasileiro, o tema é conhecido como “teoria dos frutos da árvore envenenada”, pois o vício da árvore macula os frutos.

21. Para que haja tal contaminação é necessário um liame causal entre a prova originária e as provas dela derivadas.

22. Tecidas as considerações acerca das provas ilícitas, a indagação que se faz é: seria a inadmissibilidade das provas ilícitas um mandamento absoluto ou poderia ser excepcionada com o desiderato de prestigiar outros direitos da sociedade?

23. É incontestável a existência de uma tensão entre o direito à prova e a inadmissibilidade das provas ilícitas. Diante dessa tensão, para que fosse possível analisar hipóteses concretas, restou imperioso pesquisar se tal vedação correspondia a uma regra ou a um princípio.

24. De efeito, o tema “princípios e regras” é antigo e vários foram os autores que propuseram definições. Dentre eles, imprescindível ressaltar o escólio de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

25. Para Ronald Dworkin, as regras são aplicadas na medida do *tudo ou nada*; sendo que, diante de um conflito, uma delas deve ser declarada inválida. Já os princípios possuem dimensão de peso, e, quando em conflito, haverá a preponderância de um deles, sem que o outro seja invalidado. Para Robert Alexy, no entanto, a distinção entre princípios e regras não pode estar baseada na noção de *tudo ou nada*, mas deve ser resumida em dois fatores, quais sejam: (i) diferença quanto à colisão, eis que os princípios colidentes tem sua realização normativa limitada reciprocamente, enquanto que a colisão entre as regras é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou criação de cláusula de exceção e (ii) diferença quanto obrigação, eis que as regras instituem obrigações absolutas, enquanto que os princípios instituem obrigações *prima facie*.

26. De fato, a grande dificuldade diz respeito à distinção entre princípios e regras. Para tanto, existem critérios, dentre eles pode-se destacar: (i) critério do caráter hipotético-condicional; (ii) critério do modo final de aplicação e (iii) critério do relacionamento normativo. E, em que pese a relevância dos critérios supracitados, eles não estão imunes a críticas.

27. Em síntese, a distinção entre princípios e regras ocorre, primeiramente, na natureza da descrição normativa – enquanto as regras descrevem objetos determináveis, os princípios descrevem um estado ideal das coisas. No mais, há diferenciação quanto à natureza da justificação (as regras exigem correspondência entre o fato prático e a hipótese normativa, enquanto os princípios exigem uma análise da correlação positiva entre os efeitos da conduta e o estado de coisas a ser efetuado). Por fim, a distinção também é atinente à natureza da contribuição para solução dos conflitos - as regras possuem previsão de decidibilidade, visam

proporcionar uma solução provisória, enquanto os princípios tem pretensão de complementaridade, uma vez que servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução do conflito.

28. Com base nessas afirmativas, não restam dúvidas que o disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal Brasileira constitui uma regra jurídica – e estabelece uma verdadeira norma para o caso concreto.

29. De fato, ao contrário do que preceituou determinada doutrina, a regra não está sujeita ao critério de *tudo ou nada*, de modo que é possível uma ponderação de interesses no caso concreto – ponderação, esta, que pode ser realizada por meio do critério da proporcionalidade.

30. A tendência atual do direito constitucional é a ingerência nos demais ramos do direito e isso, de fato, é fruto de um longo caminho, a princípio marcado pelo Estado Liberal, não interventor, que, com o tempo, demonstrou-se insuficiente, tendo sido substituído pelo Estado Social.

31. No entanto, a mera previsão do Estado Social não impediu que barbáries ocorressem – *Segunda Guerra Mundial* -, revelando, destarte, que inúmeros direitos fundamentais ainda não estavam assegurados.

32. Exsurge, nesse contexto, o movimento pós-positivista, intitulado neoconstitucionalismo, que trouxe ínsita a ideia de Estado Democrático de Direito, conferindo força normativa à Constituição. É neste cenário que a Constituição Federal Brasileira de 1988 foi promulgada.

33. Impende salientar que tal contexto foi pós-ditatorial e, diante das inúmeras arbitrariedades cometidas pelo Estado “em prol da segurança nacional”, garantias foram asseguradas. Dentre elas, há de se ressaltar a regra constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas.

34. Em que pese a inegável importância da vedação às provas ilícitas, esta não é intransponível, pois, se assim for considerada, pode ensejar imensuráveis excessos, danos à efetividade do processo e à realização da justiça social.

35. Nessa perspectiva, a fim de evitar tais afrontas, é imprescindível a realização de um juízo de ponderação e razoabilidade, com o desiderato de verificar o valor preponderante no caso concreto. Mecanismo hábil a realizar tal juízo é o critério da proporcionalidade.

36. O critério da proporcionalidade é decorrente da jurisprudência alemã, inobstante ser deveras semelhante à doutrina americana da razoabilidade. De fato, no cenário jurídico pátrio, a proporcionalidade tem por função precípua garantir a harmonia constitucional. Para tanto, está subdividido em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

37. Vale dizer, em juízo de ponderação de interesses, o julgador deve verificar se a medida escolhida é adequada, necessária e se acarreta mais benefícios do que prejuízos. Tal critério, no processo penal, deve ser utilizado não apenas em favor do acusado, mas também da sociedade.

38. Isto se coaduna com as faces da proporcionalidade: *(i)* proteção das liberdades individuais contra eventuais arbítrios perpetrados pelo Estado – proteção típica do Estado Liberal -, e *(ii)* vedação da proteção deficiente dos direitos fundamentais não apenas do indivíduo, mas de toda a sociedade – em total consonância com as ideias de Estado Democrático de Direito.

39. Tais vertentes acompanham a evolução do conceito de garantismo jurídico. De início, no Estado Liberal, a proteção dos direitos individuais era essencial, e correspondia ao momento do garantismo negativo. Contudo, com a transição para o Estado Social, exsurge a ideia de garantismo positivo, segundo o qual não basta a aludida proteção dos direitos individuais, eis que o Estado deve atuar em benefício da vítima e da sociedade ainda que, para isso, precise excepcionar direitos de natureza individual. Inadmite-se, destarte, a proteção deficiente.

40. Com efeito, a ideia de superioridade de armas da acusação não se sustenta diante da atual criminalidade, a qual acaba por exigir que, por vezes, direitos de natureza individual sejam relativizados, para prestigiar, no caso concreto, a efetiva segurança da sociedade e a realização da justiça.

41. Contudo, por vezes, a necessidade de proteger valores sociais é tão relevante que, sequer, a jurisprudência pátria se vale do critério da proporcionalidade; e, simplesmente, considera lícita aquela prova que outrora poderia estar viciada. Para tanto, é imprescindível observar a forma para a superabilidade das regras.

42. Para a superação das regras, Humberto Ávila propõe um modelo com duas características. A primeira delas é bidimensional, pois é material e procedimental ao mesmo tempo. Material, pois, para a superação das regras é imperioso o preenchimento de determinados requisitos; e procedimental eis que a superação de regras está condicionada a requisitos de forma. Ademais, esse modelo é criterioso, uma vez que não analisa apenas a possibilidade de superação das regras, mas as condições que permitem tal superação. Isto, para garantir a segurança jurídica.

43. No sistema constitucional podem ser vislumbrados alguns valores que, em que pese parecerem antagônicos em uma análise perfunctória, são, na verdade, complementares e asseguram a harmonia do texto constitucional.

44. Não há dúvidas que o problema atinente às provas ilícitas é de extrema relevância para a ciência processual e política legislativa. Sendo assim, em alguns casos, são as colisões entre os direitos fundamentais, existentes no caso concreto, que revelam quando deve preponderar a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas, ou, para assegurar a proibição da proteção deficiente dos direitos da cidadania, outro direito fundamental deve ser preponderante. Como é cediço, a regra da vedação às provas ilícitas é uma penalidade imposta à persecução penal. No processo penal, sobretudo, podem ser colidentes valores superiores capazes de ensejar, com maior frequência, a relativização da vedação à provas ilícitas. Nessa perspectiva, deve haver uma compatibilização entre a necessidade de proteção dos indivíduos contra os excessos eventualmente cometidos pelo Estado e a proibição da proteção insuficiente das garantias conferidas à sociedade.

45. No entanto, em determinados casos não há que se falar em valores colidentes, mas, simplesmente, a jurisprudência admite a prova ilícita em favor da sociedade – sem, por óbvio, se valer do critério da proporcionalidade, eis que inexistente juízo de ponderação a ser realizado, ante a inexistência de colisões de direitos fundamentais.

46. Dentre as hipóteses capazes de ensejar a flexibilização da regra da inadmissibilidade das provas ilícitas verifica-se que, diante de abusos de garantias constitucionais – como a realização de crimes por meio de correspondências, por exemplo – restou evidente uma tendência dos Tribunais Superiores em atenuar a regra da vedação às provas ilícitas para admitir a prova como sendo lícita. Nessas hipóteses faz-se necessário um juízo de ponderação entre os valores colidentes para que, após uma análise do caso concreto com base no critério da proporcionalidade, a prova em favor da sociedade se sobressaia.

48. Diante de conhecimentos fortuitos, também após uma análise dos interesses colidentes no caso concreto, verifica-se que a prova pode ser considerada lícita, eis que a boa-fé dos agentes do Estado, bem como o direito do Estado em realizar a persecução penal, tornam-se valores preponderantes.

49. Há também entendimento jurisprudencial que admite a licitude da prova em virtude de descontaminação posterior – sobretudo em razão de economia processual. Nessa hipótese, não há que se falar em colisão de direitos fundamentais. Isto, pois, a prova outrora ilícita é descontaminada e, por conseguinte, é utilizada – sem que outros direitos sejam sopesados.

50. Cumpre consignar, aliás, que, não obstante o Brasil ter adotado a teoria dos frutos da árvore envenenada, a prova decorrente da prova ilícita nem sempre estará viciada. De efeito, há exceção à prova ilícita por derivação diante da teoria da não exclusividade. Isto é, a prova secundária é admitida eis que não deriva, tão somente, da prova tida como ilícita. Nestes casos, também não há direitos fundamentais colidentes – a prova simplesmente é tida como lícita.

51. No mais, em que pese serem raras as decisões, o Brasil acolhe a teoria da descoberta inevitável, de forma a admitir a prova derivada daquela colhida de forma ilícita, eis que, ainda que a prova originária não existisse, a sua descoberta seria inevitável. Nessas hipóteses, também não há colisão entre direitos fundamentais, eis que a licitude da prova é nítida – a sua descoberta é fatal.

52. Por fim, dentre as possíveis relativizações da regra da vedação à prova ilícita, verificou-se – em que pese não configurar hipótese de prova ilícita penal *pro societate* – a admissibilidade da prova ilícita em favor do réu, quando, à luz do caso

concreto, valores como a liberdade e a presunção de inocência forem preponderantes – eis que, por obvio outros direitos fundamentais são colidentes, de forma que o juízo de ponderação no caso concreto revela-se essencial.

53. Com efeito, após a análise de algumas das possíveis relativizações da prova ilícita – sejam elas realizadas por meio de colisões entre direitos fundamentais e, por conseguinte, mediante a utilização de um juízo de ponderação, por meio do critério da proporcionalidade, ou pela simples utilização da prova para favorecer a sociedade, com base em teorias e institutos, sem que outros valores estejam colidindo – resta evidente que a posição extremada pela inadmissibilidade das provas ilícitas não encontra qualquer apoio guardada na atual conjuntura de valorização dos direitos fundamentais.

54. Com efeito, a jurisprudência pátria, em algumas oportunidades, diante ou não de colisões de direitos fundamentais, prestigia a prova a favor da sociedade. Mas, de fato, há um longo caminho a ser traçado.

55. Como outrora aludido, a regra da inadmissibilidade das provas ilícitas se coaduna com o atual Estado Social e Democrático de Direito. Contudo, não se pode admitir que uma regra prestigie a impunidade e incentive, por conseguinte, a criminalidade. Nessa perspectiva, há necessidade de proibir a proteção deficiente dos valores sociais.

56. No sistema estrangeiro, a regra das provas ilícitas também não é tratada de forma absoluta. Pelo contrário, após breve análise dos sistemas estadunidense, alemão e inglês, restou evidente maior flexibilidade para admitir a prova ilícita *pro societate*. Conforme asseverado, a criminalidade e impunidade crescentes forçam a conclusão de que a relativização da regra trazida do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, é, por vezes, medida necessária para proteger direitos fundamentais da cidadania – e, para tanto, o estudo de precedentes e doutrinas estrangeiras revela-se essencial para a evolução do direito pátrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Mariana Bernardes. **Prova Ilícita**: uma interpretação à luz do garantismo positivo e da proibição da proteção deficiente. Monografia - Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, 2012.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas Ilícitas e proporcionalidade**: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Dissertação (Mestre em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. rev. ampl. e atual. em face das Leis 9296/96 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARONE. Marcelo Luiz. **Prova ilícita “pro societate” e o princípio da proporcionalidade**. Dissertação (Mestre em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 3. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, ano 1, v. 1, n. 6, set. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2011-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2013.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, n. 9, mar./maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2013.

BRADLEY, Craig M. **Criminal procedure: a worldwide study**. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 2007.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova Ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012

.

EL TASSE, Adel; MILÉO. Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. **O novo sistema de provas no processo penal**: comentários à Lei 11.690/08. Curitiba: Juruá, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANCISCO, José Carlos. Estado democrático de direito, políticas públicas e novos modelos de governanças internacionais. In: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de et al. *Direito constitucional, estado de direito e democracia*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011. v. 1, p. 413-31.

_____. Estado pós-moderno, confiança legítima e anterioridade tributária. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 245-67, 2011.

_____. Natureza das normas e atos inconstitucionais. **Repertório de Jurisprudência Lob**, v. 1, n. 17, 2004.

_____. (Neo) constitucionalismo na pós-modernidade: princípios fundamentais e justiça pluralista. In: _____. (Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012
_____.(Org.). **Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fundamentais.htm. Acesso em: 5 maio 2013.

MIOZZO, Pablo Castro. **A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1997. (Sexta série).

NERY JUNIOR, Nelson. **Proibição da prova ilícita**: novas tendências do direito in provas ilícitas e reforma pontual. Coordenador Jaques de Camargo Penteado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 2. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar., 2007.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). **Os 20 anos da Constituição e da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Dimensões da cidadania. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público**, ano 2, jan./jun. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento demandado de segurança em matéria criminal**: superando o ideário liberal-individualista clássico. Ministério Público do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/criminal/doutrina/id385.htm>.>. Acesso em: 5 maio 2013.

TAVARES, André Ramos (Org.). **Justiça constitucional e democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. v. 1

_____. 1988-2008: 20 anos da Constituição Cidadã. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2008. v. 1.

TAVARES, André Ramos. Apontamentos acerca do princípio constitucional do acesso à Justiça. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v. 6, p. 9 – 36, 2003.

_____. Universalização e universalidade dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Renovar**, v. 7, p. 23–39, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1993.