

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

THIAGO ANDRÉ PIEROBOM DE ÁVILA

PROVAS ILÍCITAS E PROPORCIONALIDADE:
UMA ANÁLISE DA COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS
DA PROTEÇÃO PENAL EFICIENTE E
DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

Brasília
2006

THIAGO ANDRÉ PIEROBOM DE ÁVILA

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 submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”.
Orientadora: Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Brasília
2006

Thiago André Pierobom de Ávila

PROVAS ILÍCITAS E PROPORCIONALIDADE:

UMA ANÁLISE DA COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO PENAL EFICIENTE

E DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Banca Examinadora:

Presidente: Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho - UnB

Membro: Professor Doutor Antonio Magalhães Gomes Filho - USP

Membro: Professor Doutor Gilmar Ferreira Mendes - UnB

Membro: Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa – UnB (Suplente)

Coordenador de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília:
Professor Doutor Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto – UnB

Brasília/DF, 08 de março de 2006.

AGRADECIMENTOS

Por mais que a redação de uma dissertação seja vertida na solidão dos estudos, a companhia de pessoas especiais foi essencial para que esta minha jornada fosse mais proveitosa e agradável, pelo que não posso deixar de externar meus agradecimentos a todos os que colaboraram com minha empreita.

Minha família é a base para todas as minhas lutas e vitórias. De forma especial, agradeço à minha esposa, Roberta, amiga e cúmplice, pelo apoio e compreensão demonstrados durante o árduo período da redação, pela paciência ante minha ausência e por todo o amor. A meus pais, Celso e Juvanira, pela educação, o exemplo e o apoio sempre presentes, pela disposição em perdoar-me e, especialmente, por serem meus melhores amigos. A meus filhos, Felipe e Giovanna, por toda a alegria que têm me proporcionado e pela inspiração em olhar a vida de uma forma mais sensível. A meus irmãos, Juliano e Leandro, pela amizade e lealdade.

Agradeço à Universidade de Brasília pela oportunidade de cursar este Mestrado, ter acesso a um ensino público e gratuito, de ponta de linha, e de conviver com professores idealistas que despertam a esperança de construir uma sociedade mais justa e igualitária. Meus agradecimentos aos professores Alejandra Pascual, Alexandre Bernardino, Cristiano Paixão, Gilmar Mendes, José Geraldo de Souza Jr. e Marcus Faro de Castro, pelo convívio e pelos valorosos ensinamentos. De forma especial, à professora Ela Wiecko de Wolkmer de Castilho, pelos preciosos ensinamentos de criminologia e por orientar-me com dedicação e paciência na redação deste trabalho: obrigado de coração. Finalmente, sou grato aos professores Antonio Magalhães Gomes Filho, Gilmar Ferreira Mendes e Alexandre Bernardino Costa, por se disporem a compor minha banca examinadora e contribuírem com meu trabalho através de suas valiosas críticas.

O processo de aprendizado também não seria possível sem a intersubjetividade do convívio com os colegas do mestrado. Minha especial gratidão aos colegas Ana Flauzina,

André Rufino, Antônio Suxberger, Daniel Vargas, Fabiana Costa e Marina Quezado, pela frutífera troca de experiências.

Também agradeço ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, na pessoa de seu Procurador-Geral de Justiça, Rogério Schietti Cruz, pelo incentivo e fomento à minha formação acadêmica e por proporcionar-me um fértil campo de experiência.

Obrigado ao Prof. Carlos Eduardo Vasconcelos e aos colegas e professores Diaulas Ribeiro e Rogério Schietti, por suas críticas e sugestões ao meu projeto de dissertação. Também sou grato à colega Kédyma Almeida, por se prontificar a realizar pesquisa de artigos doutrinários na Biblioteca da Universidade Carlos III, durante sua estada em Madri, bem como ao colega Diaulas Ribeiro, por franquear-me acesso à sua biblioteca particular, na qual obtive vários dos títulos estrangeiros utilizados nesse trabalho. Aos colegas Lenilson Morgado, Georges Seigneur e André Rufino por sugestões de revisão e especialmente ao Rogério Schietti, pela discussão de questões ligadas a meu tema e sugestões valiosas. Ao Prof. Filemon Moraes, pela revisão lingüística. Aos bibliotecários da Biblioteca do MPDFT, em especial à Anna Lemos, pelo sempre atencioso e diligente atendimento.

Obrigado aos meus alunos da graduação na UnB e da pós-graduação da FESMPDFT, pelo incentivo em fazer-me crescer através do milagre de compartilhar aquilo de que se precisa: o conhecimento.

Finalmente, e mais relevante, obrigado a Deus, pelo dom da vida, pela saúde, pela minha família, por ter me colocado onde estou, por auxiliar-me em cada passo de minha vida e por fazer-me compreender que o que há de mais importante em nossa vida é o amor.

Conhecereis a verdade, e a verdade vos libertará.

Jesus. João 8:32.

RESUMO

Esta dissertação é uma análise da possibilidade e critérios de aplicação do princípio da proporcionalidade, da doutrina constitucional alemã, para a admissão de provas obtidas por meios formalmente ilícitos, à luz do princípio fundamental da proteção penal. Os direitos fundamentais não são absolutos, mas se limitam reciprocamente pelo princípio da proporcionalidade. A proteção penal é um direito e dever fundamental. O processo penal possui uma instrumentalidade garantista-funcional. O processo deve estar teleologicamente predisposto a uma maior aproximação possível com a verdade, para realização de sua função de pacificação social. A inadmissibilidade das provas ilícitas é um princípio constitucional (não regra) que se justifica no efeito dissuasório e no *fair trial*. Há uma colisão de princípios na inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos: críticas à luz da funcionalidade do processo. Nos sistemas jurídicos estudados (EUA, Alemanha e Espanha), não há uma regra de exclusão absoluta das provas ilícitas. No Brasil, a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre as exceções das provas ilícitas não acompanha plenamente os sistemas internacionais. Há necessidade de alterações no entendimento jurisprudencial nacional, para progressiva admissão das exceções de prova *pro reo*, abuso de garantias constitucionais, exceção de boa-fé, violações por particulares, violação de direitos de terceiros, teoria da descontaminação, conhecimentos fortuitos, erro inócuo, gravidade do crime, não exclusividade, descoberta inevitável e vício diluído.

Palavras-chave: Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Princípio da proporcionalidade. Princípio da proteção penal. Colisão de princípios. Verdade processual. Efeito dissuasório. *Fair trial*. Críticas. EUA. Alemanha. Espanha. Jurisprudência dos Tribunais Superiores. Sistematização de exceções.

ABSTRACT

This dissertation is a study concerning the possibility and standards of using the proportion rule of German's constitutional doctrine to accept formally illegally obtained evidence, considering the preferred right of criminal protection. The preferred rights are not absolute, but they are mutually limited by the proportion rule. The criminal protection is a citizens' preferred right and a State's essential obligation. Criminal procedure is an instrument for a double target: protect defendants of arbitrary punishment and protect society through the criminal law application. Criminal procedure must have truth to restore social peace. The exclusion of illegally obtained evidence is a constitutional principle, not a rule, which is justified by the target of deterrent effect of policial misconduct and in the demand of fair trial. There is a collision of juridical principles in the exclusion of illegally obtained evidence. Guarantee review considering the criminal procedure functionality. In USA., Germany and Spain, there is not an absolute exclusionary rule. In Brazil, the High Courts precedents about the exclusionary rule exceptions are different from the other countries studied. It is necessary to change Brazilian jurisprudence for gradual admission of exceptions of evidence favorable to defendant, abuse of constitutional guarantees, good-faith exception, private's evidence, breaking rights of third parties, descontamination doctrine, fortuitous finding, harmless error, grave felonies, independent source, inevitable discovery and purged taint.

Key words: Exclusionary rule of illegally obtained evidence. Reasonableness (proportion rule). Principle of criminal protection. Principles collision. Procedural truth. Deterrent effect of policial misconduct. Fair trial. Reviews. USA. Germany. Spain. Brazilian High Courts jurisprudence. Exceptions systematization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AI = Agravo de Instrumento

AgRg = Agravo Regimental

AP = Ação Penal Originária

art. = artigo

BGH = *Bundesgerichtshof* (Superior Tribunal Federal da Alemanha)

BGHSt = *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* (Sentenças do Superior Tribunal Federal da Alemanha em matéria penal)

BVerfG = *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)

BVerfGE = *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (Sentenças do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha)

CF/88 = Constituição Federal brasileira de 1988

CP = Código Penal

CPC = Código de Processo Civil

CPP = Código de Processo Penal

Des. = Desembargador

DJU = Diário de Justiça da União

ed. = edição, editor, Editora

ED = Embargos de Declaração

EUA = Estado Unidos da América

f. = folha

HC = *Habeas Corpus*

i. = ilustre

Inq. = Inquérito

j. = julgado em

LOPJ = Lei Orgânica do Poder Judicial da Espanha

Min. = Ministro

MP = Ministério Público

p. = página(s)

p/ = para

RE = Recurso Extraordinário

rel. = relator

REsp = Recurso Especial

RHC = Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*

RMS = Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

RSTJ = Revista do Superior Tribunal de Justiça

RT = Revista dos Tribunais

RTJ = Revista Trimestral de Jurisprudência

S. = Seção

STC = Sentença do Tribunal Constitucional espanhol

STF = Supremo Tribunal Federal

STJ = Superior Tribunal de Justiça

STS = Sentença do Tribunal Superior espanhol

t. = tomo

T. = Turma

TC = Tribunal Constitucional espanhol

TEDH = Tribunal Europeu de Direitos Humanos

TJ = Tribunal de Justiça

trad. = tradução

TS = Tribunal Superior espanhol

v. = vide, volume, *versus*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	17
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	17
1.2 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ALEXY.....	18
1.2.1 Conceito de direitos fundamentais em Alexy.....	18
1.2.2 Estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais em Alexy: regras, princípios e procedimentos.....	20
1.2.3 Restrição e as perspectivas interna e externa.....	24
1.2.4 Tipos de restrições dos direitos fundamentais: diretamente constitucionais e indiretamente constitucionais.....	25
1.2.5 Garantia do conteúdo essencial como limite às restrições.....	27
1.2.6 Âmbito de proteção.....	28
1.2.7 Restrição e configuração.....	29
1.2.8 O princípio da proporcionalidade como procedimento de mediação das colisões.....	30
1.2.9 Argumentação jurídica como procedimento de concretização dos direitos fundamentais.....	33
1.2.10 Respostas de Alexy às críticas à sua teoria dos direitos fundamentais.....	37
1.2.10.1 Objeções metodológicas - o arbítrio judicial.....	38
1.2.10.2 Objeções dogmáticas - a relativização dos direitos fundamentais.....	40
1.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ESTRUTURANTE E GUIA DA PONDERAÇÃO.....	41
1.3.1 Breve histórico da dignidade humana.....	41
1.3.2 Perspectivas da dignidade: individual, coletiva e personalista.....	43
1.3.3 Conceitos de dignidade: respeito, liberdade e emancipação.....	46
1.3.3.1 Dignidade como respeito.....	46
1.3.3.2 Dignidade como liberdade.....	47
1.3.3.3 Dignidade como emancipação.....	48
1.3.4 Dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante.....	50
1.3.5 Dignidade humana como guia da ponderação de interesses.....	52
1.4 PROTEÇÃO PENAL NO SISTEMA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	54
1.4.1 Dimensão objetiva e dever fundamental de proteção penal.....	55
1.4.1.1 Garantias institucionais.....	56
1.4.1.2 Eficácia horizontal.....	57
1.4.1.3 Dever de proteção.....	57
1.4.1.4 Normas de organização e procedimento.....	58
1.4.1.5 Deveres fundamentais.....	59
1.4.2 Dimensão subjetiva e direito fundamental de proteção penal.....	59
1.4.2.1 Direito fundamental de proteção - a proteção penal material.....	62
1.4.2.2 Direitos a organização e procedimento - a instrumentalidade processual penal.....	64
1.4.3 Dimensões da proporcionalidade na proteção penal: proibição de insuficiência e de excesso.....	65
1.4.4 Reconhecimento do direito e dever de proteção penal eficiente na Constituição Federal de 1988.....	69
1.4.5 Processo penal e proporcionalidade.....	73
2 PROVAS ILÍCITAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	79
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	79
2.2 VERDADE PROCESSUAL E PROVA.....	80
2.2.1 Concepções da verdade.....	80
2.2.2 Verdade material e formal.....	81
2.2.3 Verdade no processo e justiça.....	88
2.2.4 Conceito de prova.....	89
2.2.5 Direito à prova como direito fundamental.....	94
2.3 PROVAS ILÍCITAS: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	98
2.3.1 Sistemas de tratamento das provas ilícitas.....	98
2.3.2 Justificativas das limitações probatórias.....	100

2.3.3	<i>Conceituações: provas ilícitas e ilegítimas</i>	101
2.3.3.1	Prova ilícita como violação a direitos fundamentais.....	102
2.3.3.2	Prova ilícita como violação a direitos materiais.....	104
2.3.3.3	Prova ilícita como violação extraprocessual.....	105
2.3.4	<i>Exemplos de provas ilícitas</i>	106
2.3.5	<i>Provas ilícitas por derivação</i>	108
2.4	INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E SUA RELAÇÃO COM A PROPORCIONALIDADE.....	108
2.5	TELEOLOGIA DA GARANTIA FUNDAMENTAL DA INADMISSIBILIDADE.....	116
2.5.1	<i>Efeito dissuasório</i>	117
2.5.2	<i>Fair trial</i>	121
2.5.3	<i>Articulação da teleologia</i>	123
2.6	PROVAS ILÍCITAS E A INSTRUMENTALIDADE DO DEVIDO PROCESSO PENAL.....	124
2.6.1	<i>Proposta de equilíbrio entre a garantia e a funcionalidade</i>	124
2.6.2	<i>Críticas à garantia sob a perspectiva da funcionalidade</i>	127
2.6.3	<i>Críticas à funcionalidade sob a perspectiva da garantia</i>	131
2.7	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	134
3	TRATAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS EM SISTEMAS JURÍDICOS ESTRANGEIROS	135
3.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	135
3.2	ESTADOS UNIDOS.....	136
3.2.1	<i>Emendas Constitucionais que ensejaram a criação das regras de exclusão (exclusionary rules)</i>	136
3.2.2	<i>Gênese e desenvolvimento da regra de exclusão</i>	139
3.2.3	<i>Restrições à regra de exclusão</i>	147
3.2.4	<i>Exceções à regra de exclusão</i>	150
3.2.4.1	Exceção de boa-fé (good faith exception) no âmbito da Quarta Emenda.....	150
3.2.4.2	Exceção de impugnação (impeachment exception).....	152
3.2.4.3	Exceção de erro inócuo (harmless error exception).....	153
3.2.4.4	Limitações relativas à legitimidade para o requerimento de exclusão (standing for motion to suppress).....	154
3.2.5	<i>Tratamento da ilicitude por derivação</i>	156
3.2.5.1	Teoria da fonte independente (independent source doctrine).....	157
3.2.5.2	Teoria do nexa causal atenuado (attenuated connection doctrine).....	158
3.2.5.3	Exceção da descoberta inevitável (inevitable discovery exception).....	161
3.2.6	<i>Considerações finais</i>	161
3.3	ALEMANHA.....	163
3.3.1	<i>O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e as provas ilícitas</i>	163
3.3.2	<i>Evolução das proibições de prova na Alemanha</i>	166
3.3.3	<i>Tratamento da ilicitude por derivação</i>	174
3.3.4	<i>Considerações finais</i>	175
3.4	ESPANHA.....	176
3.4.1	<i>Desenvolvimento da regra de exclusão do art. 11.1 da LOPJ</i>	176
3.4.2	<i>Exceção de boa fé e a admissibilidade da prova pro reo</i>	180
3.4.3	<i>Tratamento da ilicitude por derivação</i>	182
3.4.3.1	Teoria da conexão de antijuridicidade.....	182
3.4.3.2	Outras exceções.....	189
3.4.4	<i>Considerações finais</i>	190
3.5	OUTRAS REFERÊNCIAS.....	190
3.5.1	<i>Inglaterra</i>	191
3.5.2	<i>Canadá</i>	192
3.5.3	<i>Austrália</i>	193
3.5.4	<i>África do Sul</i>	193
3.5.5	<i>França</i>	194
3.5.6	<i>Itália</i>	195
3.5.7	<i>Outros</i>	196
3.6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	197
4	PROVAS ILÍCITAS E PROPORCIONALIDADE: ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DE EXCEÇÕES	199

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	199
4.2 PROVA ILÍCITA PRO REO.....	201
4.3 PROVA ILÍCITA PRO SOCIETATE.....	207
4.3.1 <i>Abuso de garantias constitucionais</i>	210
4.3.2 <i>Exceção de boa-fé</i>	216
4.3.3 <i>Segue: conhecimentos fortuitos</i>	218
4.3.3.1 Em interceptação telefônica.....	218
4.3.3.2 Em buscas e apreensões domiciliares.....	225
4.3.4 <i>Descontaminação posterior</i>	227
4.3.4.1 Descontaminação por possibilidade de renovação do ato.....	227
4.3.4.2 Descontaminação por confirmação posterior do teor da prova pelo titular do direito violado.....	228
4.3.5 <i>Violações por particulares</i>	232
4.3.6 <i>Violação de direitos de terceiros (o requisito da legitimidade)</i>	237
4.3.7 <i>Erro inócuo</i>	239
4.3.8 <i>Gravidade do crime</i>	241
4.3.9 <i>Outras hipóteses</i>	251
4.4 EXCEÇÕES ÀS PROVAS ILÍCITAS POR DERIVAÇÃO.....	255
4.4.1 <i>Violações meramente procedimentais</i>	259
4.4.2 <i>Teoria da não exclusividade</i>	261
4.4.3 <i>Teoria da descoberta inevitável</i>	263
4.4.4 <i>Teoria do vício diluído</i>	265
4.5 REGULAMENTAÇÃO LEGAL DAS EXCEÇÕES GENÉRICAS.....	269
CONCLUSÃO.....	272
REFERÊNCIAS.....	284

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou, de forma expressa e aparentemente peremptória, o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, ao estabelecer, no art. 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos”.

Essa norma estabelece o ponto de partida hermenêutico a respeito da célebre polêmica doutrinária sobre as provas ilícitas. Apesar da importância de normas que asseguram que o processo penal deve se desenvolver de forma a respeitar a dignidade da pessoa humana mediante a observância de suas garantias fundamentais, cresce na doutrina a denominada teoria da proporcionalidade, que admite a ponderação dos princípios em conflito para estabelecer o vetor jurídico preponderante perante o caso concreto.

A experiência desse autor no magistério jurídico demonstrou que há uma dificuldade de aceitação social dos resultados da inadmissibilidade de provas verídicas por vícios formais, especialmente quando sua exclusão resulta na absolvição de crimes graves. Como lembra Giuseppe de Luca, a invocação de regras estritamente formais para afastar a verdade do processo constitui, na consciência coletiva, uma expressão de falta de princípios éticos¹, de forma que o problema possui implicações de ordem ética, lógica e psicológica que transcendem a aparente neutralidade do remédio. Tal fenômeno implica a necessidade de uma análise que tenha como ponto de partida não apenas uma interpretação normativa, mas uma visão unitária dos aspectos sociológico, teleológico, e de tratamento do tema em outros sistemas, para uma compatibilização da garantia constitucional com os demais vetores jurídicos.

Apesar de o princípio da proporcionalidade permitir uma mitigação do rigor formal da norma constitucional da inadmissibilidade probatória, faltam critérios objetivos que

¹ LUCA, Giuseppe de. La cultura della prova e il nuovo processo penale. In: _____. *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 209, citando o discurso que Robespierre lançou a seus opositores, no julgamento de condenação do Rei à morte: "vós invocais a forma porque não tendes mais os princípios".

confiram estabilidade e controle a este processo, de forma que não se degrade o sistema de proteção aos direitos fundamentais, reprimando um processo penal inquisitivo e aviltante da dignidade humana.

Portanto, este trabalho possui o objetivo geral de responder duas indagações:

(1) É possível compatibilizar o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas com os demais princípios em colisão?; e

(2) Quais os critérios gerais dessa compatibilização?

Para tanto, pretende, como objetivos específicos, investigar a categoria “inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos” à luz da teoria dos direitos fundamentais de Alexy e do tratamento do tema em sistemas jurídicos estrangeiros, buscando: (a) identificar os princípios em colisão na inadmissibilidade probatória; (b) analisar os problemas ligados à preponderância de cada um dos princípios em colisão; (c) investigar o tratamento da categoria estudada em sistemas jurídicos estrangeiros; (d) analisar criticamente a jurisprudência nacional à luz do referente; e (e) propor sugestões para a compatibilização da categoria com os demais princípios em colisão.

A dissertação seguirá duas etapas. Num primeiro momento, utilizará o método dedutivo para analisar o problema das provas ilícitas à luz de uma compreensão geral das relações entre Estado e cidadão. Assim, o raciocínio seguirá do geral para o particular nos seguintes termos: filosofia política, direito constitucional, teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais a prestações, direitos fundamentais de proteção, direito fundamental de proteção penal, direito fundamental a um processo penal eficiente, até chegar ao problema das provas ilícitas. Com isso, demonstrar-se-á que a norma do art. 5º, LVI, da CF/88 é um princípio constitucional e, como tal, não é absoluto, mas deve ser compatibilizado com os demais princípios fundamentais, em especial o princípio da proteção penal eficiente. A dissertação parte da hipótese de trabalho de resposta afirmativa à primeira indagação dos objetivos gerais.

Num segundo momento, utilizará o método indutivo para analisar os problemas da preponderância de cada um dos princípios com colisão e recolher numa pesquisa do tratamento das provas ilícitas em sistemas jurídicos estrangeiros os critérios gerais para realizar a compatibilização da garantia. Os conceitos operacionais recolhidos nessa pesquisa serão

analisados de forma crítica, verificando sua eventual aplicação pela jurisprudência nacional e propondo critérios de sistematização das exceções às provas ilícitas.

O tipo genérico de investigação pretendida é o jurídico-compreensivo, que parte da decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis. Na realização da pesquisa, recorrer-se-á, predominantemente, à técnica da pesquisa bibliográfica em livros, artigos doutrinários e repertório jurisprudencial, nacional e estrangeiro.

O trabalho será dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo será apresentada a teoria dos direitos fundamentais, tendo como referencial teórico a doutrina de Robert Alexy, ainda que complementada por outros autores. Esse capítulo pretende demonstrar que os princípios fundamentais não são absolutos e que existe um princípio de proteção penal eficiente que emana da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da subjetivação dos direitos à proteção. Essa perspectiva acarreta ao processo penal uma instrumentalidade garantista-funcional, que proteja o acusado contra a arbitrariedade punitiva e a sociedade mediante uma realização eficiente da proteção penal.

O segundo capítulo analisará o problema da verdade processual e suas implicações para a justiça do julgamento e a aceitabilidade social dos resultados do processo. Introduzirá os conceitos gerais sobre o problema das provas ilícitas, demonstrará que a categoria estudada corresponde a um princípio constitucional, investigará a teleologia da garantia e analisará de forma dialética as críticas a uma preponderância tanto da garantia quanto da funcionalidade do processo nesse tema.

O capítulo terceiro investigará o tratamento das provas ilícitas em sistemas jurídicos estrangeiros, de forma mais alongada nos EUA, Alemanha e Espanha, e com breves referências a outros países. Esse capítulo pretende recolher, de forma indutiva, os critérios gerais para a compatibilização da garantia com os demais princípios colidentes.

No capítulo quarto será analisada de forma crítica a jurisprudência nacional sobre o tema, verificando sua compatibilidade com a teoria dos direitos fundamentais e com os critérios apontados pelos sistemas jurídicos estrangeiros. As exceções identificadas no cap. 3 serão sistematizadas à luz dos problemas do sistema jurídico nacional, com propostas de

tratamento diferenciado a problemas específicos, como o abuso de garantias constitucionais, os conhecimentos fortuitos, a descontaminação posterior, as violações por particulares, o erro inócuo, a gravidade do crime, as exceções às provas ilícitas por derivação e outros problemas.

Finalmente, na conclusão, será apresentada uma relação das teses sustentadas na dissertação, de forma a permitir uma visão sintética das idéias.

Tratar do tema das provas ilícitas é tarefa árdua, pois toca no âmago de fundamentos da cultura jurídica, que podem despertar reações extremas tanto de repúdio a uma flexibilização da proteção aos direitos fundamentais durante a persecução penal, quanto de indignação em relação a resultados processuais socialmente ilegítimos. Espera-se que a investigação realizada forneça, ao fim, critérios gerais para o tratamento das provas ilícitas de forma condizente com a missão de um Estado democrático de Direito de proteger o sistema de direitos fundamentais como um todo.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

1.1 Considerações iniciais

Como visto na introdução, este capítulo irá iniciar o raciocínio dedutivo destinado à comprovação da hipótese de trabalho de que a norma prevista no art. 5º, inciso LVI, da CF/88 não é absoluta, mas comporta temperamentos inerentes à acomodação dos diversos princípios em colisão no processo penal.

Nosso problema se inicia na filosofia política e a inscrição do indivíduo em sua inter-relação com a coletividade, cuja tensão se resolve na concepção de Estado que se adota. Essa concepção de Estado se expressa na Constituição e no sistema de direitos fundamentais positivados. Todavia, pressupondo-se que a nossa Constituição é produto de um processo democrático, necessariamente alberga valores díspares, quando não antagônicos. O processo constituinte não se desenvolve necessariamente sob o signo do consenso, mas como síntese dialética de ideais políticos diversificados que traduzem a diversidade axiológica da sociedade. Assim, uma compatibilização dos diversos direitos fundamentais expressivos desses valores díspares apenas pode ser realizada em uma teoria dos direitos fundamentais de matiz principiológica. Adotar-se-á como referencial teórico aos objetivos deste trabalho a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, ainda que outros referenciais sejam citados como confirmação de nossas conclusões a partir do referencial inicial.

Por questões didáticas, iniciar-se-á a exposição pela teoria dos direitos fundamentais de Alexy (seção 1.2) para, após, dar um passo atrás e esclarecer que a teoria de Alexy pressupõe uma relação material de preferência condicionada entre os direitos fundamentais que é dada pela concepção de Estado (subseção 1.2.9). Defender-se-á que a dignidade da pessoa humana deve espelhar essa concepção de Estado, indicando na seção 1.3 algumas dessas relações da filosofia política com a teoria dos direitos fundamentais (especialmente na subseção 1.3.2). Após um breve histórico da dignidade da pessoa humana, uma análise de suas perspectivas, dos

conceitos de dignidade (respeito, liberdade e emancipação), defender-se-á que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional estruturante e deve ser a guia da proporcionalidade.

Em seguida, analisar-se-ão os direitos à proteção (seção 1.4), abordando as duas possíveis linhas de justificação: uma fundada numa dimensão objetiva dos direitos fundamentais (dever de proteção) e outra numa dimensão subjetiva (direito de proteção). Defender-se-á que a proteção penal é expressão desse direito/dever de proteção dos direitos fundamentais e que possui estatuta constitucional. Como consequência, também o processo penal, como espécie de direito fundamental a normas de organização e procedimento, será informado por esse imperativo de proteção penal. O reconhecimento da dupla dimensão da proporcionalidade (proibição de excesso e de insuficiência) acarreta ao processo penal uma instrumentalidade garantista-funcional, que lhe impõe uma ponderação constante dos princípios que estão em colisão em sua realização prática, em especial a garantia do indivíduo contra o arbítrio punitivo, a proteção da coletividade contra o delito mediante uma realização eficiente do direito material e a consideração dos interesses da vítima no processo. Nessa situação de ponderação complexa será inscrito o problema das provas ilícitas.

1.2 A teoria dos direitos fundamentais de Alexy

Nesta seção, será exposto o sistema de restrições aos direitos fundamentais de Alexy, que servirá como referencial teórico aos objetivos deste trabalho, a ser corroborada pelos estudos de outros autores (em especial de Häberle, Hesse, Dworkin e Canotilho). Serão analisados o conceito de direitos fundamentais, sua estrutura principiológica, a restrição, conteúdo essencial, âmbito de proteção, o princípio da proporcionalidade, a argumentação jurídica e as respostas de Alexy às suas críticas.

1.2.1 Conceito de direitos fundamentais em Alexy

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy é uma teoria jurídica geral. Alexy tem como ponto de partida as normas atributivas de direitos fundamentais previstas na Constituição (em seu caso, a Lei Fundamental da Alemanha). Portanto, é uma teoria dogmática com tríplice dimensão: analítica, empírica e normativa. A teoria de Alexy visa à orientação e

crítica da *praxis* jurídica, a fim de definir qual é a decisão correta para cada caso, mediante a análise do problema da fundamentabilidade racional dos juízos de valor².

A teoria de Alexy não é uma teoria de valores concretos, mas um ideal teórico de estruturação racional do esquema de solução aos problemas das colisões de princípios de direitos fundamentais. Segundo Alexy, ou uma teoria dos direitos fundamentais se apóia em um único princípio (teoria unipontual) ou em vários. A redução a um único princípio leva um grau de abstração tamanho que perde sua utilidade e contraria as várias funções, aspectos e fins dos direitos fundamentais. Alexy salienta a necessidade de reconhecer vários princípios de direitos fundamentais, o que leva à conclusão de que haverá colisões entre esses princípios³.

Assim, Alexy constrói uma teoria estrutural dos direitos fundamentais, que proponha as soluções às colisões entre os princípios fundamentais⁴. Segundo Alexy, a colisão e a ponderação são os problemas fundamentais da dogmática dos direitos fundamentais⁵. Alexy reconhece que o Direito não pode ser reduzido apenas a uma dimensão analítica, mas ressalta a importância de uma consideração sistemática conceitual do Direito para a racionalidade da ciência jurídica.

Alexy trabalha com o conceito formal de norma de direito fundamental. Afastando os conceitos material e estrutural de direitos fundamentais por sua abstração e pela vinculação a uma concepção material de Estado, Alexy trabalha com o conceito de direito fundamental reconhecido pela Constituição sob o título "Direitos e Garantias Fundamentais" (no caso brasileiro, o Título II da Constituição Federal, que abrange os artigos 5º a 17). Mas também reconhece que existem outros direitos fundamentais em outros enunciados da Constituição⁶. O conceito formal tem as vantagens de estar o mais perto possível da Constituição, não impedir considerações de tipo geral, não realizar pré-julgamentos de nenhuma tese material ou estrutural

² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1. ed., 3. reimpressão. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 27-35.

³ *Ibidem*, p. 35-39.

⁴ *Ibidem*, p. 39. Segundo Alexy, sua proposta continua a grande tradição analítica da jurisprudência de conceitos: *ibidem*, p. 46.

⁵ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: [s.n.], 1998, p. 1 (palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.98, mimeo).

⁶ Alexy inclui dois conceitos para tal classificação: as normas sob o título de "direitos fundamentais" e as que permitem o recurso de inconstitucionalidade (*Verfassungsbeschwerde*); v. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 65.

e incluir, no essencial, os enunciados que são entendidos como direitos fundamentais pela Constituição⁷.

Ao lado da norma explícita de direitos fundamentais, Alexy acrescenta o conceito de normas adscritas, que são as que, pela indeterminação do conteúdo semanticamente aberto das normas constitucionais explícitas, discriminam seu conteúdo estabelecendo uma relação de precisão. O critério de revelação dessas normas adscritas é fornecido pela argumentação jusfundamental correta, que possibilita, até mesmo, o reconhecimento de novos direitos fundamentais⁸.

1.2.2 Estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais em Alexy: regras, princípios e procedimentos

É fundamental para a compreensão da estrutura das normas dos direitos fundamentais a análise da dimensão principiológica do direito e do Estado constitucional contemporâneo. Especialmente porque, como afirma Zagrebelsky, "as normas legislativas são de forma prevalente regras, enquanto as normas constitucionais sobre direitos e sobre a justiça são prevalentemente princípios"⁹, ainda que se reconheça que também há regras na Constituição, bem como princípios na legislação infraconstitucional.

Enquanto o positivismo jurídico tradicional via o direito como aplicação de um silogismo judicial (subsunção da situação concreta do fato à previsão abstrata da norma), a moderna teoria dos direitos fundamentais afasta tal perspectiva para incluir os princípios também como espécie normativa ao lado das regras. Segundo Alexy, a compreensão dessa estrutura normativa distinta de regras e princípios é essencial para uma teoria satisfatória da colisão dos direitos fundamentais, dos limites e do papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico¹⁰.

Alexy distingue, na estrutura das normas de direitos fundamentais, duas espécies normativas: as regras e os princípios. O critério de distinção entre regras e princípios, segundo Alexy, não é apenas de grau (de generalidade), mas de qualidade. Enquanto as regras

⁷ *Ibidem*, p. 66.

⁸ *Ibidem*, p. 66-74.

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 3. ed. Madri: Trotta, 1999, p. 109-110, tradução nossa.

¹⁰ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 81-172.

são cumpridas na lógica do tudo ou nada, os princípios são *mandados de otimização*, que devem ser realizados na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes¹¹.

Assim, havendo um conflito de regras, deve-se introduzir uma cláusula de exceção em uma das regras e, caso tal não seja possível, a regra deve ser declarada inválida. O conceito de validade jurídica não é gradual, de sorte que ou a norma vale ou não vale. Já na colisão de princípios, não se discute a validade, mas a dimensão de peso: "nos casos concretos os princípios têm diferente peso e prevalece o princípio com maior peso"¹². Assim, a resolução do conflito de princípios é feita através da atividade de ponderação, que não leva à exclusão do princípio realizado em menor medida.

É preocupação central da obra de Alexy a busca de um procedimento para a solução dos problemas de colisão de princípios, introduzindo elementos reguladores do processo argumentativo dos direitos fundamentais¹³. Daí porque sua teoria pode ser classificada em um sistema de três níveis: regras, princípios e procedimentos. Os procedimentos são os reguladores da aplicação das regras e princípios, e possuem a forma de uma teoria da argumentação jurídica¹⁴.

¹¹ Essa perspectiva de Alexy é muito semelhante à de Dworkin. Segundo Dworkin, a distinção entre regras jurídicas e princípios jurídicos é de natureza lógica, pois "as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão": DWORKIN. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39. Diferentemente, os princípios não apresentam as mesmas consequências jurídicas automáticas de aplicação das regras. O princípio, para Dworkin, "enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular" (*ibidem*, p. 41), ou seja, "inclinam em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem" (*ibidem*, p. 57). Essas razões dadas pelo princípio devem ser compatibilizadas por "outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção" (*ibidem*, p. 41), de forma que o princípio "se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção" (*ibidem*, p. 42). Ao ocorrer um conflito de princípios, deve-se avaliar qual conjunto de princípios (como razões iniciais) possui um peso mais relevante, de sorte que "poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela" (*ibidem*, p. 71). Uma outra diferenciação do conceito de princípios em relação às regras é que "os princípios possuem uma dimensão que as regras não tem — a dimensão do peso ou importância" (*ibidem*, p. 42). Assim, enquanto o conflito de princípios é equacionado levando "em conta a força relativa de cada um", o conflito de regras é solucionado no campo da validade (hierarquia, sucessão cronológica e especificidade).

¹² ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 89.

¹³ Alexy afirma que é seu intento oferecer um modelo que permita tomar em conta as convicções já firmadas e os resultados das discussões jurídicas precedentes e, por outro lado, deixe espaço para os critérios do correto, oferecendo uma melhor fundamentação e um procedimento para a objetivação dos enunciados valorativos de fundamentação da decisão judicial. V. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 30-34.

¹⁴ Para uma análise desta perspectiva tripartida da teoria de Alexy sobre os princípios, v. MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 85-96. No mesmo sentido: QUEIROZ,

Segundo Alexy, a solução de uma colisão de princípios deve ser tomada levando em conta as circunstâncias do caso concreto, estabelecendo entre os princípios uma "relação de precedência condicionada", ou seja, as condições sob as quais um princípio precede o outro. Essa relação de precedência não é absoluta, abstrata, incondicionada, mas sempre condicionada, concreta e relativa¹⁵. Na teoria de Alexy não há relações de precedência absolutas entre princípios, pois os princípios, como mandados de otimização, se referem a ações e situações que não são quantificáveis.

Diante da necessidade de consideração das peculiaridades do caso concreto, Alexy afirma ser possível estabelecer uma Lei de colisão, afirmando que "de um enunciado de preferência sobre uma relação de precedência condicionada se segue uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio que possui preferência quando se dão as condições de preferência"¹⁶, ou seja, um enunciado que conclua que sempre que se estiver sob determinada situação singular, um princípio terá precedência sobre outro. O resultado da ponderação entre os princípios em colisão gerará uma norma de direito fundamental adscrita: "como resultado de toda ponderação de direitos fundamentais correta, pode formular-se uma norma de direito fundamental adscrita com caráter de regra sob a qual pode ser submetido o caso"¹⁷.

Enquanto as regras já contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Enquanto as regras já devem estabelecer as relações de precedência no caso concreto, os princípios não têm conteúdo determinado com respeito a princípios contrapostos e às possibilidades fáticas.

O caráter de mandado de otimização dos princípios fica explicitado na consideração de que os princípios são apenas razões *prima facie*, enquanto as regras são razões definitivas. Segundo Alexy, os princípios geram direitos *prima facie* e a via do direito definitivo passa pela determinação de uma relação de preferência. Portanto, os princípios nunca são razões definitivas, mas pontos de partida para uma avaliação da normalização ideal. Segundo Alexy:

Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 140-3.

¹⁵ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 92.

¹⁶ *Ibidem*, p. 94.

¹⁷ *Ibidem*, p. 98.

Quando há que se passar do amplo mundo do dever ser ideal ao estreito mundo do dever ser definitivo ou real, se produzem colisões ou, para usar outras expressões freqüentes, tensões, conflitos e antinomias. É então inevitável sopesar princípios contrapostos, ou seja, há que estabelecer relações de preferência.¹⁸

Conforme Alexy, as normas de direitos fundamentais possuem um caráter duplo: são ao mesmo tempo regras e princípios: "Ela [teoria dos princípios] afirma não apenas que os direitos fundamentais, enquanto balisadores de definições precisas e definitivas, têm estruturas de regras, como também acentua que o nível de regras precede *prima facie* ao nível dos princípios. O seu ponto decisivo é o de que atrás e ao lado das regras existem os princípios"¹⁹. Assim, atrás da regra de direito fundamental há um princípio, que deve ter primazia na ponderação quando ocorrer um conflito desse com outros princípios constitucionais.

Na perspectiva de Alexy, os direitos fundamentais individuais podem ser restringidos não apenas por outros direitos fundamentais individuais (colisão em sentido estrito), mas também por princípios constitucionais relativos a bens coletivos (colisão em sentido amplo)²⁰.

Ressalta Alexy que os princípios possuem um caráter deontológico e vinculante, que lhes permite a judicialização imediata; no caso brasileiro, Alexy afirma que tal força vinculante emana do art. 5º, § 1º, da CF/88²¹. Essa perspectiva de Alexy permite uma oxigenação do sistema, proporcionando segurança jurídica através das normas-regra e permitindo a superação dos conflitos de valores próprios de uma sociedade pluralista e aberta através das normas-princípio. Em suas palavras, "a grande vantagem da teoria dos princípios reside no fato de que ela pode impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva"²². Segundo Alexy, essa solução intermediária entre a vinculação e a flexibilidade possui uma importância especial diante da Constituição brasileira, que estabeleceu tantos princípios sociais generosos que apenas podem ser levados a sério se compatibilizados com os demais princípios, sob uma "reserva do possível"²³.

¹⁸ *Ibidem*, p. 133.

¹⁹ ALEXY. *Colisão e ponderação...*, *op. cit.*, p. 10.

²⁰ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 130 e 281. No mesmo sentido: ALEXY. *Colisão e ponderação...* *op. cit.*, p. 2-7.

²¹ ALEXY. *Colisão e ponderação...* *op. cit.*, p. 8.

²² *Ibidem*, p. 12.

²³ *Ibidem*, p. 14.

1.2.3 Restrição e as perspectivas interna e externa

Segundo Alexy, "que os direitos fundamentais estão sujeitos a restrições e podem ser delimitados ou limitados parece ser um conhecimento evidente e até trivial que na Lei Fundamental se manifesta com toda clareza [...]"²⁴. No mesmo sentido, Häberle explicita que:

se os direitos fundamentais se integram reciprocamente formando um sistema unitário, se configuram como componentes constitutivos do conjunto constitucional e estão em uma relação de recíproco condicionamento com outros bens jurídico-constitucionais, disso se deduz que há que se determinar seu conteúdo e seus limites em atenção aos outros bens jurídico-constitucionais reconhecidos junto deles²⁵ - concluindo que - a Constituição quer por igual as relações de poder especial e as liberdades individuais, os direitos fundamentais e o direito penal, as liberdades de um com as liberdades do outro²⁶.

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros cria princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição do que Canotilho denomina de tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental²⁷.

Segundo Alexy, "as restrições de direitos fundamentais são normas que restringem posições jusfundamentais *prima facie*"²⁸. Assim, destaca que as restrições são normas, e que devem ser necessariamente constitucionais.

Quando se fala em restrição, há duas perspectivas a serem analisadas: a externa e a interna.

Segundo a perspectiva externa, há o "direito em si" que, após a incidência das restrições, se torna o "direito restringido". A relação entre o direito e sua restrição é externa ao conceito de direito, decorrente da necessidade de compatibilizar os diferentes direitos individuais com os demais direitos individuais e bens coletivos.

²⁴ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 267.

²⁵ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2003, p. 33.

²⁶ *Ibidem*, p. 39.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1056.

²⁸ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 272.

Já segundo a teoria interna, há apenas uma coisa: o direito e suas restrições, o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo de limite. Essa teoria dá lugar à idéia de "restrições imanentes".

Segundo Alexy, uma perspectiva mais individualista tenderá à perspectiva externa, e uma mais comunitária tenderá à perspectiva interna²⁹. Alexy adota em sua teoria a perspectiva externa com as adaptações da teoria dos princípios, na qual os princípios são razões *prima facie* a serem restringidas pelas demais razões *prima facie* concorrentes³⁰.

1.2.4 Tipos de restrições dos direitos fundamentais: diretamente constitucionais e indiretamente constitucionais

Alexy, apesar de reconhecer que não existe uma sistemática satisfatória das restrições aos direitos fundamentais, identifica duas espécies de restrições: as diretamente ou as indiretamente constitucionais.

Um exemplo de restrição diretamente constitucional é (adaptando a teoria de Alexy à Constituição brasileira) o disposto no art. 5º, inciso XVI, da CF/88. O direito de reunião em local público é um princípio de direito fundamental que está totalmente restringido nas situações discriminadas na regra, prevista no próprio inciso (reunião não pacífica, armada, que frustrasse outra reunião anteriormente convocada para o mesmo lugar e sem aviso prévio à autoridade competente). Todavia, quando a disposição constitucional estabelece a possibilidade de restrição com base em direito cuja conformação é dada pelo legislador ordinário, tal disposição será apenas uma cláusula de restrição que permitirá uma restrição indiretamente constitucional (a ser realizada, em verdade, pelo legislador ordinário). Assim ocorre, *e.g.*, com o disposto no art. 5º, inciso XVII, da CF/88, que assegura a plenitude de liberdade de associação para fins lícitos; como os fins lícitos são estabelecidos pelo legislador ordinário, trata-se uma restrição indiretamente constitucional.

²⁹ *Ibidem*, p. 269.

³⁰ *Ibidem*, p. 271. Registre-se que Häberle adota a teoria interna: "o legislador que concretiza no âmbito dos direitos fundamentais os limites conformes à essência regula limites que existem desde o princípio", afirmando a necessidade de compatibilização ótima das relações indivíduo e comunidade; v. HÄBERLE. *La garantía del contenido esencial...*, *op. cit.*, p. 57. Todavia, como lembra Alexy, um conceito amplo de âmbito de proteção é essencial para que não se tenha uma elipse do processo de ponderação de interesses, mascarando o processo de proteção *prima facie*, ponderação e proteção em concreto. Para uma visão das perspectivas interna e externa dos direitos fundamentais, v. MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 223-6.

Esclarece Alexy que é possível a restrição de direitos fundamentais com base em outros valores ou princípios constitucionais, citando como exemplo decisão do Tribunal Constitucional Alemão: "tendo em conta a unidade da Constituição e a totalidade da ordem de valores protegidos por ela [...] os direitos fundamentais de terceiros que entram em colisão e outros valores jurídicos de nível constitucional podem excepcionalmente limitar, em pontos particulares, também direitos fundamentais não restringíveis"³¹. Todavia, conclui Alexy que o Executivo não poderá, regra geral, realizar diretamente uma restrição com base no peso preponderante de outros princípios constitucionais (não fundamentais) opostos, mas deverá apoiar-se em uma restrição indiretamente constitucional sob a forma de uma lei³².

Também são possíveis restrições indiretamente constitucionais, quando a Constituição autoriza uma competência a impor a restrição. Pode ser de duas formas: explícitas ou implícitas. As explícitas decorrem de cláusulas de reservas que expressamente autorizam a restrição, que podem ser subdivididas em simples ou qualificada: a primeira quando simplesmente se confere a competência para impor restrições (*e.g.*, a admissibilidade de identificação criminal do civilmente identificado, nas hipóteses previstas em lei — art. 5º, inciso LVIII, da CF/88); a segunda quando a própria Constituição já limita o conteúdo da possível restrição (*e.g.*, a inviolabilidade das comunicações telefônicas, pois a Constituição, além de exigir a lei, já fornece os requisitos gerais para a restrição — art. 5º, inciso XII, CF/88). Segundo Alexy, na perspectiva material da competência do legislador para estabelecer a restrição, devem ser obedecidos três requisitos: (a) obediência às reservas qualificadas já previstas na Constituição; (b) respeito ao conteúdo essencial do direito fundamental restringido; (c) observância do princípio da proporcionalidade (e, portanto, do mandado de ponderação). Na consideração da proporcionalidade, o legislador não pode introduzir uma restrição que não seja apoiada por princípios constitucionais contrapostos cujo peso argumentativo seja mais relevante. Alexy

³¹ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 281.

³² V.: "As posições formais jusfundamentais que têm importância, sobretudo dentro do marco da reserva legal de direito fundamental, têm como consequência que o peso preponderante de princípios constitucionais opostos não lhes confere já o *status* de autorizações suficientes de intervenção. Assim, por exemplo, o Executivo tem que poder apoiar-se em uma restrição indiretamente constitucional sob a forma de uma lei também quando princípios constitucionais opostos, como restrições diretamente constitucionais, justificam materialmente uma intervenção"; ALEXY. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *op. cit.*, p. 282. Todavia, registre-se que a estatura constitucional da proteção penal não é apenas de princípio constitucional, mas de um princípio de direito fundamental; v. *infra*, item 1.4.2.1.

ressalta que a competência do legislador é constitutiva da restrição, e não meramente interpretativa das possibilidades constitucionais de restrição³³.

1.2.5 Garantia do conteúdo essencial como limite às restrições

Segundo Alexy, a denominada garantia do conteúdo essencial deve ser encarada como um significado duplo. Em sentido objetivo, significa a vedação de redução total de vigência de uma disposição jusfundamental de forma que perca sua importância para os indivíduos em geral ou para a vida social. Mas também deve ser vista numa perspectiva subjetiva, como forma de proibição de supressão de posições do indivíduo (considerado o caráter de direito subjetivo dos direitos fundamentais)³⁴.

Há duas correntes na interpretação do núcleo essencial: a absoluta e a relativa. Segundo a relativa, o conteúdo essencial é aquilo que fica após uma ponderação com os demais princípios em colisão. Assim, a garantia do conteúdo essencial corresponde à necessidade de observância do princípio da proporcionalidade. Já para a teoria absoluta, sempre há um núcleo essencial de cada direito fundamental que em nenhuma hipótese pode ser afetado.

Alexy posiciona-se a favor da teoria relativa. Segundo Alexy o núcleo essencial significa apenas que "existem condições nas quais se pode dizer com muita alta segurança que não há precedência de nenhum princípio oposto" e que "o caráter absoluto de sua proteção é uma questão das relações entre os princípios"³⁵. Portanto, segundo Alexy, não há verdadeiramente um núcleo essencial já determinado objetivamente e de forma absoluta pela Constituição, mas uma relação entre princípios contrapostos que permitem uma conclusão de que dificilmente haverá situações concretas nas quais aquela parte mais significativa do direito fundamental possa ser suprimida. E conclui que "a garantia do conteúdo essencial do art. 19, § 2º, da Lei Fundamental [alemã] não formula frente ao princípio da proporcionalidade nenhuma restrição adicional da restringibilidade de direitos fundamentais"³⁶, mas apenas fortifica a validade do princípio da proporcionalidade.

³³ Neste ponto Alexy discorda da posição de Häberle. V. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 282-286.

³⁴ *Ibidem*, p. 287-8.

³⁵ *Ibidem*, p. 291.

³⁶ *Loc. cit.*

No mesmo sentido, defende Häberle que "o conteúdo essencial dos direitos fundamentais não é uma medida que há que deduzir 'em si' e independentemente do conjunto da Constituição e dos bens jurídicos reconhecidos junto a tais direitos [...]"³⁷ concluindo que "no conteúdo essencial dos direitos fundamentais se reflete a totalidade do sistema jurídico-constitucional de valores"³⁸. Portanto, o conteúdo essencial não possui um conteúdo apriorístico, mas possui apenas um caráter declaratório de síntese do resultado da ponderação dos princípios em colisão³⁹.

1.2.6 Âmbito de proteção

Segundo Alexy, âmbito de proteção, em sentido amplo, consiste em tudo aquilo que está proibido *prima facie* pelo direito fundamental de defesa, ou permitido *prima facie* pelas normas jusfundamentais permissivas. A construção de uma estrutura do âmbito de proteção deve ser feita com a consideração de três elementos: bem protegido, intervenção e restrição.

Alexy resume a estrutura do âmbito de proteção e sua relação com a ponderação nos dois seguintes enunciados, denominados "leis de intervenção":

(I) Todas as medidas que constituem uma intervenção em um bem jusfundamental protegido estão *prima facie* jusfundamentalmente proibidas.

(II) Todas as medidas que constituem intervenções em um bem jusfundamentalmente protegido e não estão justificadas por uma restrição estão definitiva e jusfundamentalmente proibidas.⁴⁰

Conclui Alexy que, sempre que se estiver diante de casos nos quais não seja claro se algo deve ser qualificado como uma intervenção, é adequado seguir a via da proibição *prima facie*, realizando posteriormente a ponderação⁴¹. Tal deve ocorrer mesmo que se esteja diante de um caso claro de que o resultado da ponderação será a não-proteção do direito. Afirma:

Se uma razão fala a favor da proteção jusfundamental, há que afirmar sua tipicidade, por mais fortes que possam ser as razões contrárias. Isto não significa

³⁷ HÄBERLE. *La garantía del contenido esencial...*, *op. cit.*, p. 59.

³⁸ *Ibidem*, p. 62.

³⁹ No sentido de uma significação apenas declaratória do conteúdo essencial: *ibidem*, p. 219-222. Todavia, Häberle também confere à garantia do conteúdo essencial uma natureza de "garantia institucional" dos direitos fundamentais, destinada a evitar abusos por parte do legislador, como, *e.g.*, a supressão total do direito fundamental. Para uma análise do problema do núcleo essencial, v. MENDES. *Op. cit.*, p. 210-223.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 296-7.

⁴¹ *Loc. cit.*

que em todos os casos haja que levar a cabo ponderações amplas. Mas sim que também os casos claros de não proteção jusfundamental são o resultado de uma ponderação e que deve-se manter aberta a possibilidade de ponderação para todos os casos e que de modo algum pode ser substituída por evidências, de qualquer tipo que elas sejam.⁴²

Essa construção de Alexy é contraposta à denominada teoria estrita do âmbito de proteção, que já exclui da proteção as situações (supostamente) de clara não-proteção, que decorrem da elipse de uma ponderação preliminar. A teoria de Alexy, ao ampliar o âmbito de proteção, também aumenta o número de colisões, tendo que excluir mais da proteção jusfundamental através das restrições que uma teoria estreita, incrementando, assim, a utilização do princípio da proporcionalidade como instrumento de concretização séria e honesta dos direitos fundamentais. A uma suposta crítica de insegurança na utilização desse critério e do aumento de restrições implícitas, Alexy replica que "a insegurança que existiria se alguém não pudesse ater-se a nada mais que ao texto das cláusulas restritivas pode ser eliminada mediante uma jurisprudência constitucional continuada e racional orientada pelo princípio da proporcionalidade"⁴³. E tal procedimento tem a vantagem de conferir à ordem jurídica como um todo o caráter de um sistema amplo de soluções de colisões jusfundamentais⁴⁴.

1.2.7 Restrição e configuração

Segundo Alexy, uma norma de configuração é aquela que dispõe sobre aquilo que está abarcado pelo direito fundamental, não sendo restritiva de seu âmbito de proteção.

Alexy identifica na doutrina autores que utilizam a expressão configuração não apenas para o conteúdo do direito, mas também para sua delimitação (restrição)⁴⁵. Alexy propõe uma concepção restrita da configuração, de forma que apenas se utilize esse conceito para as configurações em sentido estrito. Para Alexy, configuração deve ser o oposto de restrição, de forma que configuração não pode referir-se às normas de mandado ou de proibição, mas apenas a

⁴² *Ibidem*, p. 311.

⁴³ *Ibidem*, p. 315.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 318.

⁴⁵ Häberle é citado por Alexy como um dos que utilizam esta expressão de forma não exata. Segundo Häberle, "qualquer limitação de um direito fundamental é parte da determinação do conteúdo [...] e] o objetivo da teoria interna é ver em uma unidade o conteúdo e os limites de um direito". V. HÄBERLE. *La garantía del contenido esencial...*, *op. cit.*, p. 167. Ver de forma desenvolvida: *ibidem*, p. 168-174.

normas de competência⁴⁶. Ainda assim, quando a eliminação de uma competência obstaculizar a realização de um princípio fundamental, deve-se considerar que essa é uma restrição. O critério distintivo de configuração e restrição, em Alexy, é o da não-obstaculização de um princípio de direito fundamental, de forma que todo impedimento de realização da razão *prima facie* de um princípio deve estar justificado por uma argumentação jusfundamental racional dentro do marco da proporcionalidade.

1.2.8 O princípio da proporcionalidade como procedimento de mediação das colisões

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy é, em última análise, uma teoria da aplicação do princípio da proporcionalidade na solução das colisões de princípios. Segundo Alexy, "princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo; o outro, ao aspecto metodológico"⁴⁷.

A proporcionalidade, portanto, é o método utilizado para a resolução das colisões dos princípios. Não é, segundo Alexy, um princípio nesse sentido, pois a proporcionalidade em si não entra em colisão com outros princípios⁴⁸. Antes, é o procedimento (conforme a classificação tripartida do sistema de Alexy) para a solução das colisões de princípios.

A proporcionalidade como método de resolução das colisões possui três subprincípios (ou máximas parciais): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação significa a idoneidade do meio utilizado para a persecução do fim desejado. Segundo Gonzalez-Cuellar Serrano, a adequação exige um juízo de "funcionalidade", para verificar se as medidas restritivas são aptas a atingir ou fomentar os fins que se perseguem⁴⁹. Necessidade significa a utilização, entre as várias medidas aptas, da mais benigna, mais suave ou menos restritiva. Segundo o referido autor, também é denominado de "intervenção mínima",

⁴⁶ Este conceito de Alexy é utilizado em outros autores no sentido de poder jurídico, autorização para realizar algo, faculdade, direito de configuração, capacidade jurídica; v. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 227.

⁴⁷ ALEXY. *Colisão e ponderação... op. cit.*, p. 10.

⁴⁸ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 122, nota 84. Tanto que Alexy a denomina de "máxima de proporcionalidade" e afirma que as três máximas parciais devem ser catalogadas como regras (ou seja, aplicadas mediante subsunção). Comentando a terminologia na doutrina brasileira, v. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 24-27, abril de 2002.

⁴⁹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales em el proceso penal*. Madri: Colex, 1990, 155.

"alternativa menos gravosa" e "de subsidiariedade"⁵⁰, implicando a necessidade de comparar as alternativas aptas e otimizar a menor lesão possível. Se o Estado, para realizar um princípio P1, possui à sua disposição as medidas M1 e M2, ambas adequadas para realizar P1 mas restritivas de um princípio concorrente P2, deve-se escolher a medida que menos restrinja o princípio P2; assim, se M1 restringe P2 mais que M2, então M1 não é necessária. Já a proporcionalidade em sentido estrito é o postulado da ponderação de interesses, propriamente dito. Esse procedimento da ponderação é denominado por Hesse como princípio da concordância prática que, junto com o da unidade da Constituição, deve orientar a compatibilização dos interesses em colisão mediante uma interpretação orientada ao problema concreto⁵¹. A ordem de aplicação desses subprincípios é sucessiva, iniciando-se pela adequação e passando pela necessidade até a ponderação, de forma que, caso a medida restritiva seja reprovada em um desses parâmetros, não será necessária a aplicação dos demais⁵².

A adequação e a necessidade refletem o caráter dos princípios como mandados de otimização diante das possibilidades fáticas, enquanto a ponderação reflete o caráter dos princípios como mandados de otimização diante das possibilidades jurídicas⁵³.

Segundo Alexy, é possível enunciar uma lei de ponderação com a seguinte fórmula: "quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção"⁵⁴. No mesmo sentido, afirma Häberle que "o princípio de proporcionalidade significa que, para uma limitação especialmente intensa da liberdade, deve existir uma necessidade 'urgente'"⁵⁵, argumentando que a ponderação de bens é "equilíbrio e ordenação conjunta" que garante uma "unificação em uma situação global"⁵⁶. Nessa linha, define Canotilho o princípio da proporcionalidade como um princípio jurídico-material de "justa medida", destinado à proibição de excesso e de arbítrio⁵⁷.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 189.

⁵¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 66, §72.

⁵² Como anota Luís Virgílio Afonso da Silva, alguns autores que se ocupam da análise da jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos acrescentam um quarto parâmetro, que antecede os três já explicitados no texto, a legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir. V. SILVA, L. V. A. *Op. cit.*, p. 35.

⁵³ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 112.

⁵⁴ ALEXY. *Colisão e ponderação... op. cit.*, p. 13.

⁵⁵ HÄBERLE. *La garantía del contenido esencial...*, *op. cit.*, p. 69.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 40.

⁵⁷ CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 1039. Ainda que se possa criticar uma identificação de proporcionalidade com proibição de excesso, já que esta também significa proibição de insuficiência. V. *infra*, subseção 1.4.3.

Segundo Alexy, essa lei da ponderação não é um procedimento arbitrário, mas deve seguir três planos de argumentação: definição da intensidade da intervenção; conhecimento da importância dos fundamentos justificadores da intervenção; e realização da ponderação em sentido específico e estrito⁵⁸. Ernesto Pedraz Penalva acrescenta outros três critérios norteadores do procedimento da ponderação: a) quanto mais sensível revelar-se a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mais relevantes hão de ser os interesses da comunidade que com ele colidam; b) do mesmo modo, o maior peso e preeminência dos interesses gerais justificam uma interferência mais grave; c) o diverso peso dos direitos fundamentais pode ensejar uma escala de valores em si mesmo, como ocorre na esfera jurídico-penal (o direito à vida tem preferência ao direito à propriedade)⁵⁹.

No texto constitucional brasileiro, não há dispositivo explícito consagrando o princípio da proporcionalidade. Todavia, a doutrina aponta-se que trata de um princípio constitucional implícito, derivado de vários dispositivos constitucionais⁶⁰. A dignidade da pessoa humana, reconhecida como princípio fundamental do Estado Brasileiro (art. 1º, III), revela a síntese dos valores humanistas subjacentes à ordem constitucional e exige a otimização do conjunto de direitos fundamentais concorrentes. O devido processo legal (art. 5º, LIV), entendido em um sentido material, exige uma lei devida para as restrições, portanto justa e racional. Nesse sentido, o devido processo legal substancial possui conexão estreita com a dignidade da pessoa humana, já que esta se funda no postulado da liberdade ética do ser humano, e portanto exige que as leis do Estado devam ser revestidas de uma razoabilidade apta a criar uma ordem justa racional de tal sorte que todo ser racional possa a ela aderir como se a lei fosse sua própria vontade. Também se funda na própria noção de Estado de Direito Democrático (art. 1º, *caput*), no qual o Estado autolimita sua atividade através das leis, para a realização de fins, dentre os quais os mais relevantes são a afirmação do conjunto de direitos fundamentais⁶¹, o que resulta no reconhecimento da proporcionalidade como vedação da arbitrariedade e do desarrazoado. Deriva,

⁵⁸ ALEXY. *Colisão e ponderação... op. cit.*, p. 13.

⁵⁹ *Apud* BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 88.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 93-100.

⁶¹ Segundo Pérez Luño, o Estado de Direito se assenta sobre três fundamentos: limitação da atividade dos órgãos de poder pela legalidade, garantia de respeito aos direitos subjetivos públicos positivados na Constituição e controle judicial de toda atividade do Estado; v. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Estado de derecho y derechos fundamentales*. 8. ed. Madri: Tecnos, 2003, p. 238-239.

enfim, da própria estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos, que apenas se sustenta logicamente se houver a observância dos três subprincípios da proporcionalidade.

Além desses fundamentos legais, há grande reconhecimento e aplicação do princípio da proporcionalidade em vários ramos do direito, especialmente no administrativo e penal. A doutrina nacional tem contribuído para uma sedimentação desse princípio⁶² e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem aceito e recorrentemente utilizado o princípio da proporcionalidade como critério de aferição da constitucionalidade de atos legislativos e administrativos⁶³, de forma que não se hesita em reconhecer que o princípio da proporcionalidade possui plena vigência no direito constitucional pátrio, com sua especial estruturação racional desenvolvida pela doutrina constitucional alemã⁶⁴.

1.2.9 Argumentação jurídica como procedimento de concretização dos direitos fundamentais

Segundo Alexy, a argumentação jurídica do discurso jurídico é uma forma de argumentação do discurso prático geral⁶⁵. Alexy afirma que há quatro graus de discursos: o discurso prático geral, o procedimento legislativo, o discurso jurídico e o procedimento judicial. Como o discurso prático geral não fornece respostas certas a todas as situações mas apenas um código geral da razão, a demanda social por segurança demanda do Estado a concretização de soluções, dentre as várias opções possíveis, mediante o procedimento legislativo. Este, por sua vez, também não exaure as possibilidades concretas de soluções e deve ser delimitado pelo

⁶² Ver, dentre outros: BARROS, S. T. *Op. cit.* STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Fabris, 1996. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

⁶³ Para uma análise da utilização de tal princípio pela jurisprudência do STF, v. BARROS, S. T. *Op. cit.*, p. 104-130. Ainda que, como critica Luís Virgílio Afonso da Silva, nem sempre o STF obedeça de forma correta à seqüência metodológica dos três subprincípios, utilizando-se a proporcionalidade por vezes apenas como um *topoi* argumentativo; v. SILVA, L. V. A. *Op. cit.*, p. 31 *et seq.*

⁶⁴ Segundo Luís Virgílio Afonso da Silva, é exatamente esta estruturação através de um procedimento racional que diferencia o princípio da proporcionalidade, criado pela jurisprudência alemã, de seu similar estadunidense que é o princípio da razoabilidade, acrescentando que a razoabilidade, apenas como adequação entre fins e meios, corresponde ao subprincípio da adequação. V. SILVA, L. V. A. *Op. cit.*, p. 30-1. Discutindo a problemática da fungibilidade dos conceitos e optando pela razoabilidade apenas por questões terminológicas (razão seria mais adequado que proporção), v. OLIVEIRA, F. C. S. *Op. cit.*, p. 81-88.

⁶⁵ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 530. No mesmo sentido: Idem. *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit.*, p. 203-212.

discurso jurídico, que estará sujeito a três controles: à lei, ao precedente e à dogmática⁶⁶. Ainda assim, não se limita totalmente a insegurança pela possibilidade de várias correntes doutrinárias, de modo que a plena concretização apenas ocorrerá com o procedimento judicial, no qual se decide perante o caso concreto. A controlabilidade do procedimento judicial ante sua abertura aos critérios valorativos ocorre, segundo Alexy, através da argumentação prática racional.

A argumentação jusfundamental é uma forma de argumentação jurídica, mas que não está limitada pelo procedimento legislativo, mas pelas disposições abstratas, abertas e ideologizadas dos enunciados dos direitos fundamentais⁶⁷. Segundo Alexy, a interpretação dessas normas parte em primeiro lugar do próprio texto constitucional e da vontade do constituinte. Esses critérios, ante a relativa força semântica dos enunciados abertos dos direitos fundamentais, podem não ser decisivos, mas são o ponto de partida, que poderão ser eventualmente superados por soluções contrárias ao texto apenas mediante um ônus de argumentação forte o suficiente. Afirma: "para desprezá-lo, não basta expor que a solução contrária ao texto é melhor que a conforme o texto; as razões a favor da solução contrária ao texto tem que ter um peso tal que, desde o ponto de vista da Constituição, justifiquem um apartamento de seu texto"⁶⁸. Da mesma forma, conclui Alexy que a gênese da norma (vontade do constituinte) também não é determinante para a sua interpretação pela impossibilidade de delimitação clara de sua intenção e mesmo pela possibilidade de superação do texto pela argumentação.

Em segundo lugar, a argumentação jurídica se fundamentará pelos precedentes judiciais, especialmente as decisões do Tribunal Constitucional como intérprete maior da Constituição e sua força vinculante perante os demais órgãos judiciais⁶⁹. Sintetiza Alexy que, se alguém possui um precedente em seu favor, sua superação apenas ocorrerá com o ônus da argumentação. Os argumentos mais importantes em favor da observância dos precedentes são a igualdade, a segurança jurídica, a proteção da confiança, a estabilidade como base ao progresso e,

⁶⁶ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 530. Em sentido semelhante, entende Dworkin que a argumentação jurídica nos casos difíceis deve ter dois paradigmas: a consideração da "intenção" da lei como um ponto de partida que limita as possibilidades de interpretação e a pesquisa de quais princípios "subjazem" às regras positivas do direito, estabelecidas nas leis e nos precedentes; cf DWORIN. *Levando os direitos a sério*. Op. cit., p. 164-171.

⁶⁷ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 532.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 534.

⁶⁹ Sobre o precedente, v. *ibidem*, p. 535-540. Também: Idem. *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 261-264.

mais relevante, a controlabilidade racional da argumentação⁷⁰. Esse processo de construção de precedentes pela *praxis* continuada do Tribunal Constitucional se realiza mediante a aplicação dos precedentes a casos idênticos, sua extensão a casos similares e a construção de exceções de não-extensão a casos parecidos mas com peculiaridades que justificam a não-aplicação, cujo conjunto forma uma rede ampla e densa de regras concretas. Ainda assim, ressalta Alexy a possibilidade de se proceder à superação (*overruling*) do precedente mediante razões mais fortes. Assim, o sistema de precedentes fornece uma relativa segurança para a previsibilidade das decisões, mas ainda mantém o sistema aberto para mudanças básicas.

O terceiro padrão de controle da argumentação jurídica dos direitos fundamentais é a dogmática⁷¹, que se expressa, no plano normativo, pelas teorias materiais dos direitos fundamentais. Como visto, o procedimento da proporcionalidade é aberto e não determina por si só qual será a ordem da precedência condicionada dos princípios em colisão. A teorização de uma proposta da precedência *prima facie* entre os princípios é tarefa das teorias materiais dos direitos fundamentais.

Segundo Böckenförd, uma teoria dos direitos fundamentais (teoria material, no sentido referido por Alexy) é:

[...] uma concepção sistematicamente orientada acerca do caráter geral, finalidade normativa e alcance material dos direitos fundamentais. Esta teoria tem seu ponto de referência (a orientação sistemática) regra geral em uma determinada concepção de Estado e/ou em uma determinada teoria da Constituição.⁷²

Portanto, tais teorias materiais pretendem fornecer o conteúdo concreto dos direitos fundamentais ou, conforme afirma Alexy, são uma proposta de hierarquização *prima facie* dos diversos direitos fundamentais, cuja hierarquia preliminar é afastada apenas diante de razões mais fortes em favor do princípio contraposto. Böckenförd faz menção a cinco espécies de teorias materiais dos direitos fundamentais: teoria liberal ou do Estado de Direito burguês dos direitos fundamentais, teoria institucional dos direitos fundamentais, teoria axiológica, teoria

⁷⁰ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 537.

⁷¹ Sobre a argumentação dogmática em geral: ALEXY. *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 240-261. Sobre sua relação com as teorias materiais dos direitos fundamentais e a proposta de Alexy: Idem. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 540-552.

⁷² BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 45.

democrático-funcional e teoria do Estado Social⁷³. Segundo Alexy, todas essas teorias de Böckenförd são formas de teorias de princípios com uma proposta de hierarquização prioritária deles (com exceção da teoria axiológica que, segundo Alexy, não é uma teoria de conteúdo, mas apenas de forma e de estrutura e, portanto, equivalente de sua teoria dos princípios)⁷⁴.

Alexy identifica três possíveis construções de teorias materiais: as unipontuais (que apontam um único princípio fundamental como assegurado pelo Estado — a liberdade), as que reconhecem um conjunto de princípios de igual hierarquia, e as que reconhecem um conjunto de princípios com uma certa hierarquia *prima facie*.

A teoria liberal, que reconhece a liberdade individual como único direito fundamental (e, portanto, unipontual) pode ser, segundo Alexy, facilmente afastada pela análise do texto constitucional e da jurisprudência do Tribunal Constitucional, que asseguram um conjunto de direitos que expressam essa relação entre o indivíduo e a comunidade estatal (tensão entre liberdade e igualdade). Assim, Alexy conclui que a teoria material adequada deve reconhecer um conjunto de princípios fundamentais, e arremata que é possível formular uma relação de prioridade *prima facie* entre esses princípios. Todavia, reconhece que uma teoria material desse tipo não irá determinar o resultado das colisões em todas as situações, mas, através de sua fundamentação, se permitirá uma estrutura racional.

Assim, Alexy procura construir um sistema de relações de prioridade *prima facie* com as seguintes características: a liberdade jurídica e a igualdade jurídica possuem uma prioridade *prima facie* (expressa, *e.g.*, na máxima *in dubio pro libertate*) que apenas pode ser afastada mediante outros argumentos mais relevantes. A estrutura de prioridades *prima facie* possui um caráter formal de estruturar o processo de decisão, ainda que não estabeleça com caráter obrigatório a solução de cada problema de colisão⁷⁵. Para os efeitos deste trabalho, utilizar-se-á o conceito de dignidade da pessoa humana (em sentido personalista) como conteúdo material do sistema de direitos fundamentais e, portanto, com a posição privilegiada no sistema de ponderações⁷⁶.

⁷³ *Ibidem*, p. 47-48. Para a explicação desenvolvida destas teorias, v. *ibidem*, p. 47-71. Uma análise mais sucinta desta classificação de Böckenförd, entre nós, pode ser localizada em STEINMETZ. *Op. cit.*, p. 104-108.

⁷⁴ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 543-4. Sobre a refutação de Alexy às críticas da teoria axiológica, v. *infra*, item 1.2.10.1.

⁷⁵ V. a proposta detalhada de Alexy: *ibidem*, p. 459-551.

⁷⁶ Seção 1.3, *infra*.

A eventual lacuna de racionalidade no processo de concretização deve ser preenchida, segundo Alexy, pela argumentação jurídica do discurso jusfundamental que, se levada a cabo sobre a proposta de Alexy, será estruturada de forma racional. Ainda assim, é relevante, segundo Alexy, a criação de espaços de crítica a essa argumentação realizada pelo Tribunal Constitucional: "é razoável a institucionalização de uma justiça constitucional cujas decisões possam e requeiram ser justificadas e criticadas em um discurso jusfundamental racional"⁷⁷. Como forma de realização desse processo de abertura às críticas, Alexy faz citação do trabalho de Häberle sobre *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*⁷⁸, no qual se conclui que o discurso jusfundamental não é apenas uma questão da justiça constitucional e da ciência do direito constitucional, devendo-se abrir o círculo hermenêutico da Constituição de forma que todas as forças pluralistas públicas se tornem, potencialmente, intérpretes da Constituição⁷⁹.

1.2.10 Respostas de Alexy às críticas à sua teoria dos direitos fundamentais

Aqui serão analisadas as refutações que o próprio Alexy oferece às críticas metodológicas e dogmáticas de sua teoria dos direitos fundamentais⁸⁰.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 554.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 553, nota 187.

⁷⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed., 2. reimpr. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 41. A possibilidade desta abertura do círculo de intérpretes, referendada por Alexy, possibilita uma abertura do processo argumentativo a uma mais ampla comunicação social democrática. Oferecendo uma crítica aos sistemas fechados de argumentação (como o monólogo interpretativo do juiz Hércules, como proposto por Dworkin), Habermas afirma que se deve conferir legitimidade ao processo pela intersubjetividade: "em primeiro lugar, o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito. Em segundo lugar, a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas de argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo"; HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 287.

⁸⁰ Ante as limitações deste trabalho, analisaremos as contra-objeções levantadas pelo próprio Alexy. Todavia, tais críticas correspondem às usualmente levantadas contra a ponderação de interesses. Outras podem ser citadas, como a ameaça à separação de poderes (e o *self restraint* judicial) e o problema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional, com as críticas levantadas pelos "interpretativistas" nos EUA e especialmente por Habermas na Alemanha. Para uma visão da crítica de Habermas, v. HABERMAS. *Justiça e legitimação: sobre o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional*. In: _____. *Op. cit.*, cap. 6, p. 297-354. Uma análise extensa destas críticas demandaria um trabalho exclusivo a este propósito. Para que não fiquem sem resposta, em uma análise extremamente sumária, esta crítica pode ser superada pela consideração da inevitabilidade do caráter construtivista da atividade jurisdicional, pelos limites metodológicos que impõem a proporcionalidade e a argumentação jurídica para uma total discricionariedade judicial, segundo a teoria de Alexy, e pela necessidade, apontada por Alexy, da abertura do sistema a críticas de todos os participantes públicos, possibilitando uma "ação

1.2.10.1 Objeções metodológicas - o arbítrio judicial

Uma das críticas mais acirradas à teoria dos princípios e da ponderação de interesses está ligada à alegação de ausência de critérios racionais para conduzir a ponderação através de normas e métodos, o que abriria margem para o subjetivismo e o decisionismo judiciais.

Segundo Alexy, as objeções metodológicas contra a teoria dos valores⁸¹ podem ser de duas espécies: contra a possibilidade de uma ordem hierárquica de valores e contra a ponderação em si.

Em relação à ordem hierárquica de valores, Alexy não aceita a possibilidade de atribuir-se um valor numérico aos valores, refutando, assim, a possibilidade de construção de uma ordem cardinal de valores, pois "a concepção de uma ordem hierárquica de valores que trabalhe com escalas cardinais fracassa ante o problema da metrificação da importância e intensidade de realização dos valores ou princípios"⁸². A impossibilidade de construção de uma ordem rígida de valores, segundo Alexy, não impede a possibilidade de construção de uma ordem maleável de hierarquia que considere o conjunto de preferências *prima facie* em favor de determinados valores ou princípios e construa uma rede de decisões concretas de preferências, ambos requisitos intrinsecamente ligados com seu conceito de ponderação⁸³.

O modelo de ponderação de Alexy, mediante o estabelecimento da lei da precedência condicionada, não é apenas um modelo de decisão para o caso concreto, mas um modelo de fundamentação, de forma que a ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente. Assim, o controle da eventual subjetividade

comunicativa" de todos os possíveis envolvidos nas decisões da jurisdição constitucional (este trabalho, aliás, procura ser uma contribuição ao discurso jurídico sobre nosso tema). V. nota de rodapé anterior. Para uma análise das críticas à aplicação da proporcionalidade, v. BARROS, S. T. *Op. cit.*, p. 205-212. STEINMETZ. *Op. cit.*, p. 193-207. SARMENTO. *Op. cit.*, p. 141-152. ZAGREBELSKY. *Op. cit.* p. 144-153.

⁸¹ Segundo Alexy, sua teoria dos princípios é similar à teoria dos valores, com a diferença de que, enquanto os princípios expressam um mandado (ordem), portanto com natureza deontológica, os valores expressam julgamentos sobre o bom, o belo, valente, seguro, econômico, democrático, social, liberal, próprio do Estado de Direito, e, portanto, possuem natureza axiológica (v. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 138-141). Mas conclui que ambos os modelos são essencialmente iguais na estrutura, pelo que ao analisar as críticas à teoria dos valores dos direitos fundamentais também está analisando (e refutando) as críticas à teoria dos princípios (*Ibidem*, p. 147).

⁸² ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 156.

⁸³ *Ibidem*, p. 157.

na ponderação é controlada pela fundamentação racional de enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre os valores ou princípios opostos⁸⁴.

A fundamentação da restrição de um direito fundamental quando em colisão com outro, segundo Alexy, deve seguir à seguinte regra: "quanto maior é o grau da não-satisfação ou da afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro"⁸⁵. Alexy reconhece que, na avaliação dos pesos relativos dos princípios em colisão, "estes conceitos escapam a uma metrificação que poderia conduzir a um cálculo intersubjetivo obrigatório do resultado", mas conclui que, apesar de a teoria dos valores não fornecer o valor exato das intensidades de satisfação ou não-afetação dos dois princípios em colisão, é apta a fornecer as balizas sobre o que há que se fundamentar para justificar o enunciado de preferência condicionada que representa o resultado da ponderação: uma fundamentação sobre os enunciados dos graus de afetação e importância recíprocas dos princípios em colisão.

Segundo Alexy, a abertura do método às valorações não fornecidas de antemão com autoridade vinculante não acarreta a irracionalidade ou não-racionalidade da ponderação, pois essas considerações valorativas fazem parte da tarefa cotidiana da atividade judicial. Argumenta Alexy que sua teoria põe em evidência que a ponderação não é um procedimento no qual um bem é obtido com "excessiva precipitação" à custa de outro, mas, como tarefa de otimização, responde ao chamado princípio da concordância prática, concluindo que "o modelo de ponderação como um todo proporciona um critério ao vincular a lei da ponderação com a teoria da argumentação jurídica racional"⁸⁶. Afirma Alexy que a possibilidade de não se ter uma unanimidade quanto à solução adotada não é uma crítica à racionalidade do método da ponderação, mas uma qualidade geral dos problemas práticos ou normativos⁸⁷. A universalização dessas decisões concretas sobre as relações de precedência condicionada devem ser realizadas pela jurisprudência e pela doutrina, com o transcurso do tempo, gerando uma rede de regras concretas adscritas às distintas disposições de direito fundamental e representam o objeto central de estudo da dogmática⁸⁸.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 159.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 161.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 167.

⁸⁷ ALEXY. *Colisão e ponderação... op. cit.*, p. 14.

⁸⁸ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 168.

1.2.10.2 Objeções dogmáticas - a relativização dos direitos fundamentais

A segunda espécie de objeções que Alexy refuta são as objeções dogmáticas, que criticam a possibilidade de relativização dos direitos fundamentais, que poderia culminar com a destruição de alguns destes, como o direito fundamental de liberdade em sentido liberal.

Alexy refuta que a teoria da ponderação em si possa destruir o direito, pois ela apenas fornece a estrutura de fundamentação da ponderação, respondendo de forma neutral frente à liberdade jurídica. O resultado da ponderação é dado pelo valor dos princípios em colisão, fornecidos pela teoria dos direitos fundamentais que se considere (liberal ou não liberal). Ainda assim, afirma Alexy que se devem refutar duas objeções: que uma teoria dos princípios não leva a sério a sujeição à Constituição e que ela conduz à arbitrariedade interpretativa e à insegurança institucional.

Quanto à primeira objeção, Alexy afirma que uma teoria de apenas regras não fornece soluções melhores que a teoria de regras e princípios, pois, por exemplo, os direitos fundamentais com reserva simples necessitam de uma complementação de conteúdo pelos princípios sob pena de caírem em uma "marcha no vazio" e à falta de sujeição. Ademais, as críticas feitas à teoria dos princípios são endereçadas mais a determinadas valorações dos princípios e a uma determinada teoria material dos direitos fundamentais, em relação à qual a teoria dos princípios, como teoria estrutural, se mantém neutra.

No tocante à objeção da insegurança jurídica, aponta Alexy duas refutações. Primeiro, lembra que não existem alternativas aceitáveis que possam trazer mais garantias que o modelo de regras e princípios. Segundo, afirma que a segurança jurídica se dá pelo respeito à argumentação jurídica, respeitando-se o texto constitucional e a vontade do legislador como pontos de partida, bem como a força jurisprudencial das decisões do Tribunal Constitucional⁸⁹.

No mesmo sentido, afirma Häberle que apenas uma interpretação conjunta da Constituição não permite que um bem jurídico seja absolutizado à custa de outro, concluindo que os direitos fundamentais:

estão protegidos frente a uma relativização na medida em que, na ponderação dos bens jurídicos, se produza uma referência à 'imagem do homem' da Lei

⁸⁹ *Ibidem*, p. 170-172.

Fundamental; na medida em que seu alto valor será fundado não apenas no indivíduo, mas também na comunidade; na medida em que se observe a função social dos direitos fundamentais, sua 'significação para a vida social em seu conjunto' e o resultado global projetado pela Constituição como sua garantia, assim como a correlação de direitos fundamentais e democracia liberal⁹⁰.

Essa imagem do homem, referida por Häberle, corresponde ao princípio da dignidade da pessoa humana, que será analisado na próxima seção.

1.3 Dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante e guia da ponderação

1.3.1 Breve histórico da dignidade humana

A dignidade da pessoa humana teve um longo percurso histórico até tomar os contornos que hoje nela são reconhecidos⁹¹. Teve seu embrião no estoicismo, que reconhecia uma igualdade inata, uma comunidade fraterna e um Direito natural fundado na razão universal, passou pela recepção da lógica grega pelo direito romano, que minimizou os postulados da inviolabilidade do ser humano em prol de um império mundial, até chegar a Cristianismo, que foi, para o mundo ocidental, o responsável pela solidificação da noção de valorização da pessoa humana, pela pregação efetiva de uma irmandade fraterna, de uma igualdade independente de sexo, idade, raça e credo, e de uma busca de libertação do ser humano através do amor ao próximo, cuja expressão mais eloqüente se deu no comunismo (vida em comum) da Igreja primitiva.

Após o desenvolvimento (em alguns casos distorções) desses conceitos cristãos pela teologia medieval (especialmente São Leon Magno e São Tomás de Aquino) e pela teologia moderna (especialmente com a reforma), o humanismo, ainda com um discurso teológico-cristão, desenvolveu o conceito da dignidade humana fundada na imagem divina, na excelência do corpo e alma humanos e na liberdade. Os jusnaturalistas foram os responsáveis por deslocar o eixo

⁹⁰ HÄBERLE. *La garantía del contenido...*, *op. cit.*, p. 41.

⁹¹ Para uma visão geral desta evolução histórica, v. BLOCH, Ernst. *Derecho natural y dignidad humana*. Trad. Felipe Gonzalez Vicen. Madrid: Aguilar, 1980. Ver também: RUIZ MIGUEL, Carlos. *La dignidad humana: história de una idea*. In: VVAA. *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional em honor de Pablo de Lucas Verdú*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad Derecho de la Universidad Complutense de Madrid e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, v. III, p. 1887-1909.

fundador do direito natural na lei divina para centrá-lo sobre a natureza humana e sua racionalidade.

O especial desenvolvimento do conceito de dignidade foi dado por Kant, que fundamentou a legitimação de toda lei moral no respeito incondicional ao ser humano e na tutela de sua liberdade, elevando-o ao fim de toda ordenação, jamais como meio. A afirmação do valor intrínseco do homem é categórica em Kant:

[...] os seres racionais denominam-se pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo arbítrio (e é um objeto de respeito). [e conclui que] toda a dignidade da humanidade consiste precisamente nessa capacidade de ser legislador universal, se bem que sob a condição de estar ao mesmo tempo submetido a essa mesma legislação⁹².

Todavia, a deficiência de Kant foi ainda de não estender essas concepções a uma aplicação plena às instituições políticas e não oferecer um remédio ao homem violado de seus direitos. Enquanto Kant reconhecia idéias apriorísticas, metafísicas, Hegel deu um passo à frente para reconhecer no processo dialético histórico o formador das instituições (absolutismo histórico), cuja síntese deve se expressar na eticidade do Estado, lançando o embrião moderno do comunitarismo. Contudo, sua visão de inserção do total indivíduo no Estado possibilita um esvaziamento de um conteúdo mínimo da dignidade humana.

Em Marx, a dignidade humana aparece associada à luta de classes pela emancipação do homem (historicismo relativista), pela afirmação da igualdade em planos reais, e pela busca da liberdade mediante a ausência de exploração, de alienação e com a instituição de uma ordem estatal voltada para os espoliados⁹³. Finalmente, a filosofia existencialista, que sintetizou a agonia de uma sociedade pós-industrial de massas, marcada por experiências bélicas de subjugação do ser humano, defendeu que “o homem está condenado à liberdade”⁹⁴, que essa deve ser exercida na subjetividade do convívio, e com a consciência da responsabilidade das

⁹² KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martins Claret, 2004, p. 59 e 70.

⁹³ MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 95-120.

⁹⁴ SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. In: *Os pensadores*. 3ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 29-30. V. também BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 362.

escolhas, e, portanto, o Direito e o Estado devem estar a serviço da proteção desta liberdade, que é a essência da sua condição humana.

Todas essas preocupações na afirmação do Direito sobre a dignidade humana se refletiram nos tratados internacionais, especialmente na declaração universal dos direitos do homem da ONU de 1948, bem como foi sendo progressivamente incorporada pelas constituições de diversos países. A história da dignidade humana, em última análise, é a história da afirmação dos próprios direitos fundamentais.

1.3.2 Perspectivas da dignidade: individual, coletiva e personalista

A compreensão da gênese histórica da “consciência da personalidade” não se exaure no plano empírico, mas põe, ao contrário, a necessidade de sua compreensão transcendental, pois “foi através de uma longa experiência social que se deu a emergência do valor da pessoa, mas, uma vez revelado esse valor, ele se tornou uma *constante* ou *invariante axiológica*”⁹⁵. O paradigma da pessoa-valor e o valor da liberdade e responsabilidade pessoais são um paradigma e valor “absolutos” não porque sejam independentes de fatores históricos, sociais e políticos para seu aparecimento e realização, mas porque, apesar de condicionada pela infraestrutura econômica, não é produto dela, mas corresponde, em última análise, a uma das orientações originárias do desenvolvimento da humanidade capaz de refletir a condição humana e de lhe determinar uma identidade⁹⁶. O conceito da dignidade da pessoa humana é uma decantação de todas essas experiências históricas da humanidade, reveladas pelas lutas sociais, de cujo acumulado emergem os princípios que afirmam a necessidade de proteção integral à essência humana. E a delimitação do conjunto de atributos intangíveis de cada homem é revelado pelo processo de oposições, no conflito social, entre os avanços e recuos do penoso caminho do processo⁹⁷. Assim, captados objetivamente, essas exigências da dignidade constituem um sistema de direitos fundamentais, como postulados morais reconhecidos pelo direito mediante a consagração, proteção e garantia da técnica das normas jurídicas positivas⁹⁸.

⁹⁵ REALE, Miguel. Pessoa, valor-fonte fundamental do direito. In: _____. *Nova fase do direito moderno*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 62-63.

⁹⁶ Neste sentido: MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, tomo IV, p. 47-48.

⁹⁷ LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito?* 16ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 86.

⁹⁸ BULLÉ GOYRI, Víctor M. Martínez. Dignidad de la persona y derechos: la Constitución Española de 1978. *Boletín mexicano de derecho comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional

Certamente, a tarefa essencial do Estado e, em última análise, da filosofia política, consiste em conciliar, tanto quanto possível, a liberdade individual com o bem comum. A liberdade em sentido moderno⁹⁹ preconiza a liberdade política de participação, mas exige especialmente que o indivíduo seja protegido contra a ação do Estado nas questões privadas (liberdade negativa). Porém, o surgimento do Estado social introduziu complicadores nessa equação liberal, ao ser-lhe atribuída a função de promover o bem comum e assegurar o exercício da liberdade por todos os cidadãos (liberdade positiva e reconhecimento dos direitos a prestações). Assim, o próprio conceito de dignidade da pessoa humana, como critério de orientação da hermenêutica constitucional, possui uma ligação com a corrente de filosofia política a que se filie¹⁰⁰.

Em sua evolução filosófica, pode-se reconhecer três vertentes de concepções filosóficas da dignidade do homem. Uma primeira acepção individualista (liberal), de fundamento liberal-burguês, entende que a satisfação dos interesses individuais é que realizará, indiretamente, os interesses coletivos. O Direito é o instrumento de salvaguarda do indivíduo contra agressões do Estado. Numa segunda concepção supra-individualista (de certa forma totalitarista), os valores individuais encontram-se subordinados e a serviço dos valores coletivos, pois o indivíduo se realiza mediante sua inserção no ente coletivo. Essa concepção prega uma limitação geral da liberdade individual em favor da igualdade¹⁰¹.

Uma terceira corrente, denominada personalista e que é acolhida nesse trabalho, procura superar a dicotomia das concepções individualista ou coletivista para encontrar na pessoa humana o fim último do Direito. Não no indivíduo abstrato e egoísta tipicamente burguês, mas no valor intrínseco do ser humano, visto como origem e fim do Direito, como um potencial de realização a cujo serviço se encontram as instituições. A pessoa humana revela-se na práxis, como mediadora da liberdade individual com os valores da igualdade e fraternidade, revelando

Autônoma de México, ano XXI, n. 62, p. 730-731, maio-ago. 1988.

⁹⁹ A expressão "liberdade dos modernos" foi utilizada pela primeira vez por Benjamin Constant, em 1819, no Ateneu de Paris. Ver CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Filosofia política*, Porto Alegre e Campinas: I&PM, p. 9-25, fev. 1981.

¹⁰⁰ Gisele Cittadino reconhece a existência de três grandes vertentes da filosofia política que influenciam as Constituições e os Sistemas de Direitos Constitucionais da atualidade: o liberalismo (com expoentes em Joseph Raz, Rawls, Larmore, e mesmo Dworkin), o comunitarismo (com Michael Walzer, Charles Taylor, F. I. Michelman e outros) e a perspectiva crítico-deliberativa (representada pela filosofia de Habermas); v. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, *passim*.

¹⁰¹ MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 39-41, reproduzindo teses de Gustav Radbruch sobre o tema.

uma síntese dos valores humanísticos que a experiência histórica e as lutas revelaram, cuja essência se torna inviolável ao homem racional. Não há preponderância apriorística do individual sobre o coletivo, mas o valor da pessoa humana impõe a harmonização do conflito concreto mediante uma ponderação de interesses, que preserve o mínimo da essência do indivíduo e promova a máxima realização do “homem-no-outro”¹⁰². Assim, o valor da pessoa humana é o *minimum* que o Estado, ou qualquer outra instituição, ser ou valor não pode ultrapassar¹⁰³. Nas palavras de Marie-Thérèse Meulders-Klein, “entre o indivíduo solitário e o Estado, irmãos inimigos, o respeito à pessoa, única em sua dignidade de homem, mas solitária na comunidade... resta talvez o único princípio de coerência possível de uma democracia humanista, que tenha alcance universal”¹⁰⁴.

Essa fronteira entre a conduta de interesse exclusivamente individual e a afetação de interesses públicos encontra-se numa zona cinzenta, pois o homem, enquanto ser social, é interdependente, e a atividade de nenhum homem é tão completamente privada que nunca venha a obstruir a vida dos outros de uma forma ou de outra. Reale propõe um conceito histórico-axiológico da pessoa, em que o progresso humano representa um “modelo ideal” de ordenamento jurídico-político no qual cada homem possa alcançar o máximo de preservação de sua subjetividade com o máximo de participação aos valores comunitários¹⁰⁵. Esse *minimum* de liberdade individual deve ser “aquele que um homem não pode abandonar sem causar prejuízos à essência de sua natureza humana”¹⁰⁶. Essa área mínima de individualidade tem seus contornos delimitados pela experiência histórico-social do homem, cujo decantamento revela regras há tanto tempo e tão intensamente aceitas, que observá-las já constitui participar da concepção do que seja a dignidade humana e, portanto, violá-las significa agir de forma desumana ou insana¹⁰⁷.

¹⁰² Como lembra Häberle, “no Estado social de direito, a pretensão de liberdade do indivíduo e a proteção da comunidade são exigências igualmente legítimas” e conclui que “a liberdade individual e a vinculação social estão, deste modo, em um equilíbrio”: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido...*, *op. cit.*, p. 47 e 48.

¹⁰³ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos; IBDC, 1999, p. 28-32.

¹⁰⁴ Verbetes “pessoa”, em ARNAUD, André-Jean (org.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. 2. ed. Trad. Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 585, *apud* SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 69.

¹⁰⁵ REALE. *Op. cit.*, p. 63.

¹⁰⁶ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de Liberdade. In: _____. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB (Coleção Pensamento Político, n. 39), p. 137.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 165.

1.3.3 Conceitos de dignidade: respeito, liberdade e emancipação

Considerando a importância da dignidade da pessoa humana para o processo de concretização dos direitos fundamentais, desenvolver-se-ão três perspectivas de conceituação da dignidade da pessoa humana que devem atuar como balizas na ponderação de interesses: dignidade como respeito, dignidade como proteção à liberdade, e dignidade como compromisso emancipatório do ser humano.

1.3.3.1 Dignidade como respeito

Conforme assinalado anteriormente, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana nos tratados internacionais e constituições dos diversos países tem muito de reação contra seu desrespeito e vilipêndio sob regimes totalitários e atuações bélicas, que reduziram o homem à condição de objeto de um ente coletivo¹⁰⁸. A dignidade humana apresenta-se como uma conquista social, como resultado do progresso da vida coletiva através do tempo¹⁰⁹. Assim, a dignidade afirma-se como o “cuidado com que se evita tudo o que possa enfraquecer o respeito a que se tem direito”¹¹⁰. Esse respeito ao ser humano expressa-se em princípios aceitos extensivamente e afirmados profundamente na natureza real dos homens, como se desenvolveram através da história para serem, hoje, parte essencial do que é considerado um ser humano normal, como postulados éticos para o Direito¹¹¹.

Discorrendo sobre a *Teoria da Justiça* de Rawls, Dworkin afirma que o direito à igual consideração e respeito é o fundamento de toda estrutura social¹¹². Não é um produto do contrato social, mas é o próprio pressuposto do contrato, a condição de admissão à posição original de contratante social. Esse direito fundamental de respeito, segundo Dworkin, é o fundamento de exigência de todos os demais direitos, inclusive das liberdades individuais.

¹⁰⁸ BENDA. *Op. cit.*, p. 124.

¹⁰⁹ REALE. *Op. cit.*, p. 60.

¹¹⁰ NASCENTES. *Dicionário de sinônimos*, 1981, p. 188, *apud* BITTAR; ALMEIDA. *Op. cit.*, p. 462.

¹¹¹ BERLIN. *Op. cit.*, p. 165.

¹¹² DWORKIN. *Levando os direitos a sério*, *op. cit.*, 2002, p. 274-282 e p. 419-427. Dworkin define este *right to equal concern and respect* nos seguintes termos: “O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito”; *ibidem*, p. 419.

A afirmação da dignidade humana importa no reconhecimento do homem como sujeito e protagonista do Direito, sendo o destinatário da atividade do Estado: “o postulado primeiro do Direito, e por conseguinte do reconhecimento dos direitos humanos, é o valor próprio do homem como valor superior e absoluto, ou seja, o imperativo de respeito à pessoa humana”¹¹³. O direito fundamental do homem é o de ser reconhecido como pessoa humana e de participar da humanidade, surgindo daí os denominados "direitos da personalidade"¹¹⁴.

Além de uma expectativa de não ser tratado arbitrariamente, o reconhecimento da dignidade impõe a obrigação estatal de proteção ativa da dignidade humana (dever de proteção), para que a dignidade seja continuamente respeitada e protegida frente aos diferentes perigos de cada momento político, devendo o Estado detectar a tempo futuras ameaças e atuar de forma adequada tanto na prevenção quanto no auxílio, em prol de um humanismo solidarista¹¹⁵.

1.3.3.2 Dignidade como liberdade

O núcleo de seu desenvolvimento histórico da idéia de dignidade humana sempre foi a liberdade inata do ser humano, inalienável, sua capacidade de forjar a si mesmo e definir seus rumos. O ser humano revela sua condição pela sua práxis, sendo a liberdade a componente nuclear desse modo de ser; a liberdade é a essência do homem¹¹⁶. A liberdade do homem consiste na escolha incondicional que o próprio homem faz de seu ser e de seu mundo, pela não-conformação com as circunstâncias. Segundo Sartre, o homem é a liberdade e seu livre-arbítrio é a definição do próprio existir¹¹⁷. É a possibilidade humana de tomar parte ativa na alteração de seu determinismo, de conhecer as necessidades que nos cercam, perceber as possibilidades de mudança e agir sobre suas circunstâncias, mudando-lhes a direção e sentido. É a capacidade humana de superar o determinismo ou o acaso, mediante a construção de possibilidades objetivas pela abertura de novas direções a partir do que parecia uma fatalidade¹¹⁸.

¹¹³ MENDIZÁBAL. *Tratado de derecho natural*. 7ª ed. Madrid: [s.l.], 1929, v. II, p. 87, *apud* GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 59.

¹¹⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 98.

¹¹⁵ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana nas constituições abertas e democráticas. In: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.). *1988-1998: Uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 103. V. tb. BULLÉ GOYRI. *Op. cit.*, p. 747.

¹¹⁶ PETROVIC, Gajo. Homem e liberdade. In: VVAA. *Humanismo socialista*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, [s.d.], p. 275.

¹¹⁷ SARTRE. *Op. cit.*, p. 9.

¹¹⁸ CHAUI, Marilena. *Conveite à Filosofia*. 13ª ed. São Paulo: Ática, 2003, p. 331-340.

O homem possui valor intrínseco por essa sua possibilidade de livre escolha entre as alternativas imanentes à problemática axiológica, sendo a liberdade que confere individualidade ao homem, pela possibilidade de diferenciação pessoal e afirmação como ser ético. A dignidade inerente ao ser humano consiste no respeito mútuo a essa possibilidade de escolha¹¹⁹. Como afirma Ernst Bloch:

a vontade é o caráter geral do homem, e a razão a regra eterna daquela. Justamente por isto, não há nada mais indigno no homem que sofrer a força, já que a força o elimina. Quem nos faz força põe em tela o juízo de nada menos que nossa humanidade; quem covardemente a suporta, despoja de si sua humanidade¹²⁰.

Daí porque ter Lyra Filho afirmado que “o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade”¹²¹. Esse modelo realmente avança na medida em que se consideram os direitos fundamentais como expressão das liberdades públicas asseguradas ao cidadão como expressão do reconhecimento de sua essência humana.

1.3.3.3 Dignidade como emancipação

Segundo Ernesto Benda, a idéia essencial do princípio da dignidade da pessoa humana consiste na garantia de livre desenvolvimento da personalidade¹²². Sendo o exercício livre da vontade o que define a pessoa como tal, deve-se proporcionar as condições para aptas a maximizar a capacidade abstrata e potencial do ser humano para realizar-se. É inerente à natureza e à dignidade humana suas imperfeições e insuficiências, bem como sua capacidade, ao menos potencial, de superá-las.

Essa perspectiva revela o compromisso do Direito em tornar o homem digno, mediante a criação de um ambiente propício para que cada homem tenha a liberdade de afirmar-se como sua individualidade assim o encaminhar, livre da opressão política, econômica, social, livre do medo da insegurança. Essa emancipação pressupõe, por óbvio, a liberdade negativa referida anteriormente, no sentido da ausência de constrangimentos. Todavia, não se contenta

¹¹⁹ Defendendo que o fundamento da dignidade humana encontra-se na autonomia moral da pessoa: BULLÉ GOYRI. *Op. cit.*, p. 724-727.

¹²⁰ BLOCH. *Op. cit.*, p. xii, tradução nossa.

¹²¹ LYRA FILHO. *Op. cit.*, p. 86.

¹²² BENDA. *Op. cit.*, p. 123.

com essa liberdade formal, preconizando uma vinculação do Estado a um dever de proteção das condições reais de fruição da liberdade, mediante uma justiça social de extensão da cidadania aos excluídos.

A emancipação para um projeto de vida é essencial para a “unidade do eu”. Segundo Rawls, a "unidade do eu" se manifesta pela possibilidade de afirmação mediante um plano racional de vida e no desejo de pô-lo em prática¹²³. A valorização de seu próprio valor enquanto pessoa, de seus projetos, e a confiança na habilidade em implementá-los, consiste, segundo Rawls, na auto-estima. Para Rawls, a auto-estima é um bem primário, devendo-se evitar a todo custo as condições sociais de solapam a auto-estima, sob pena de desagregar o valor da pessoa no contrato social¹²⁴. Assim, mesmo para uma perspectiva liberalista e contratualista como a de Rawls, o incremento da capacidade de atingir seu projeto de vida se torna uma das exigências da dignidade humana, como uma liberdade substantiva de auto-realização.

A afirmação da dignidade humana implica a luta constante contra o que denomina Souza Santos de fascismo social, revelado no *apartheid* social da segregação do espaço urbano em uma zona civilizada e outra zona selvagem, na ascensão de atores paraestatais que usurpam os poderes de coerção e regulação estatal para transformá-los em instrumentos de opressão, pela disseminação generalizada de uma insegurança crônica quanto ao presente e ao futuro, e pela especulação pífida dos mercados financeiros e sua economia de cassino¹²⁵.

Nessa perspectiva de ingerência do Estado na promoção da emancipação, não se pode perder de vista a utilização do próprio direito penal como um instrumento de controle social (ainda que subsidiário) que deve ser destinado à afirmação dos direitos humanos e da

¹²³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 623-624.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 487-494.

¹²⁵ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista crítica de ciências sociais*, n. 65, p. 12-27, maio de 2003.

personalidade ética de cada um¹²⁶. Nesse sentido, discorrendo sobre as funções do processo penal, afirma Figueiredo Dias que:

O pensamento social da comunidade democraticamente estruturada vê na pessoa, não o "súdito" (no sentido do Estado-de-polícia, que desconhece a sua esfera própria de autonomia), não também o "indivíduo" autolegislador (fora do qual não existiria qualquer critério de valoração ética e cuja autonomia é por isso formal), mas a personalidade ética que cria e promove os valores comunitários e à qual há que assegurar as necessárias condições de livre realização¹²⁷.

1.3.4 Dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. A positivação desse princípio de direito natural reflete a exigência da sociedade brasileira, influenciada pelo movimento de redemocratização, de garantir o respeito à dignidade humana como princípio supremo para a ação do Estado. Importa em reconhecer que o homem é anterior ao direito, e este existe para servir àquele¹²⁸.

Jorge Miranda, comentando dispositivo semelhante da Constituição Portuguesa de 1976 (art. 1º), afirma que a dignidade da pessoa humana reflete a unidade valorativa do sistema constitucional, conferindo uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais¹²⁹.

Em sentido semelhante, afirma Benda que “a Lei Fundamental é um ordenamento comprometido com valores, que reconhece a proteção da liberdade e da dignidade como fim supremo de todo Direito”¹³⁰. Sendo o Direito uma construção cultural humana, voltada

¹²⁶ A possibilidade desta perspectiva emancipatória, mediante a utilização do direito penal como instrumento de proteção dos direitos humanos, já foi identificada pela criminologia crítica. Segundo Herman e Julia Schwendinger, "neste processo de redefinição de crime, os criminólogos redefinirão a si mesmos, não mais para serem os defensores da ordem, mas, ao contrário, os guardiães dos direitos humanos"; SCHWENDINGER, Herman e Julia. Defensores da ordem ou guardiães dos direitos humanos? In: TAYLOR; WALTON; YOUNG (orgs.). *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 176. Em sentido semelhante, propondo uma "política criminal das classes atualmente subordinadas", ainda que com o projeto a longo prazo de contração e superação do direito penal, v. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 197-208.

¹²⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. 1. ed., reimpr. Coimbra: Coimbra Ed., 1984, v. I, p. 69.

¹²⁸ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. La noción jurídica de la persona y los derechos del hombre. *Revista de Estudios Políticos*, Madri, n. 55, p. 35, *apud* BULLÉ GOYRI. *Op. cit.*, p. 721.

¹²⁹ MIRANDA. *Op. cit.*, p. 180-181. No mesmo sentido: VIEIRA DE ANDRADE. *Op. cit.*, p. 93.

¹³⁰ BENDA. *Op. cit.*, p. 118.

para a regulação de suas relações sociais, importa reconhecer e incorporar essa realidade moral e ontológica do homem no centro da ordem constituinte. Assim, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todos os direitos e liberdades fundamentais¹³¹, os quais se expressam como porções autônomas da dignidade, que lhes imprime unidade de sentido como parâmetro valorativo na interpretação desses direitos¹³². A dignidade humana revela-se como o valor primordial, a pedra de toque essencial para aferição de legitimidade de toda ordem jurídica positiva¹³³.

A dignidade da pessoa humana não é mero enunciado programático de princípios eticamente desejáveis, mas norma jurídico-positiva, cujo respeito e proteção constituem diretrizes vinculantes para toda atividade do Estado¹³⁴. Afirma-se como o valor supremo da ordem jurídica, que atua como critério de integração constitucional para o reconhecimento de direitos fundamentais sem previsão explícita no texto constitucional e como diretriz inafastável de interpretação¹³⁵, sendo seu verdadeiro filtro axiológico¹³⁶.

Segundo Canotilho, a menção à dignidade da pessoa humana no texto constitucional português revela a base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de direito. Essa raiz antropológica revela o compromisso com o homem como pessoa, cidadão, trabalhador e como administrado. Também afirma o mestre português que a dignidade exerce uma função de integridade dos direitos fundamentais, defendendo a individualidade do homem como ser responsável, o livre desenvolvimento da personalidade, a libertação da “angústia da existência”, a autonomia individual, a dignidade social e a igualdade de tratamento¹³⁷.

Gonzalez Perez afirma que a dignidade da pessoa humana é um princípio geral de direito que possui uma tríplice função: é fundamento do ordenamento jurídico, orientador da atividade interpretativa e de integração do ordenamento jurídico. Entretanto, não é mera norma programática, mas é norma cogente que impõe uma direção de comportamento, constituindo-se

¹³¹ BULLÉ GOYRI. *Op. cit.*, p. 727-731.

¹³² VIEIRA DE ANDRADE. *Op. cit.*, p. 101. BENDA. *Op. cit.*, p. 121-122.

¹³³ REALE. *Op. cit.*, p. 63. No mesmo sentido, afirmando que o homem em si mesmo é o critério de valoração da justiça ou injustiça da norma jurídica: BULLÉ GOYRI. *Op. cit.*, p. 722-723.

¹³⁴ BENDA. *Op. cit.*, p. 120.

¹³⁵ SARMENTO. *Op. cit.*, p. 73.

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). *1988-1998: uma década de Constituição* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 313-330.

¹³⁷ CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 244-245.

em norma de conduta que limita o exercício dos direitos. Já Perez Luño vê na dignidade humana um valor constitucional estruturante, uma meta-norma do sistema constitucional, ou norma de terceiro grau (regra, princípio, valor), que possui a função de fundamentar, orientar e criticar o sistema¹³⁸. No mesmo sentido, afirma Häberle que a imagem do homem estabelecida na Lei Fundamental possui importância essencial para a interpretação de todos os direitos fundamentais¹³⁹.

1.3.5 Dignidade humana como guia da ponderação de interesses

A função da dignidade da pessoa humana de maior relevo para os fins deste trabalho é o seu reconhecimento como guia na ponderação de interesses nas hipóteses de conflitos de direitos fundamentais.

Como visto anteriormente, os direitos fundamentais não são absolutos, mas limitam-se reciprocamente pelo princípio da proporcionalidade. Sendo a dignidade humana a condensação da idéia primordial dos direitos fundamentais, pode ocorrer que, em um caso concreto, um direito fundamental tenha que ceder espaço para a afirmação de outro. Contudo, o critério para a fixação da relação de precedência entre os princípios em colisão deve ser guiado pela afirmação última da dignidade humana¹⁴⁰.

É necessário realizar, no entanto, uma distinção sobre o conteúdo da dignidade que orienta a ponderação de interesses. Como visto, é possível identificar nessa ponderação duas espécies de "dignidade humana": uma individual e outra personalista. A dignidade humana em sentido meramente individual é um princípio que possui valor prevalente no sistema de direitos fundamentais; entretanto, não possui um valor absoluto. É possível que a dignidade de uma pessoa específica, diante de um contrapeso de outros princípios extremamente relevantes, venha a ser mitigada na ponderação de interesses do caso concreto. É o que ocorre, por exemplo, quando se impõe uma pena privativa de liberdade a quem cometeu um ilícito penal: a dignidade da

¹³⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8. ed. Madri: Tecnos, 2003, p. 286-292. Registre-se que na teoria de Pérez Luño não distinção qualitativa entre princípios e valores. No mesmo sentido: SANTOS, F. F. *Op. cit.*, p. 56-60.

¹³⁹ HÄBERLE. *La garantía del contenido...*, *op. cit.*, p. 194.

¹⁴⁰ Tem se generalizado o entendimento de que toda ponderação há de proteger a dignidade humana, o valor último do ordenamento jurídico. Neste sentido: SARMENTO. *Op. cit.*, p. 73-76; SANTOS, F. F. *Op. cit.*, p. 94-96; MIRANDA. *Op. cit.*, p. 180 *et seq.*; GONZÁLEZ PÉREZ. *Op. cit.*, p. 91-94.

pessoa individual (em seu núcleo mais importante, que é a liberdade de locomoção) está sendo sacrificada em favor de bens coletivos¹⁴¹. O mesmo ocorre com a legítima defesa, que permite, em situação extrema, até mesmo o sacrifício da vida do agressor injusto. Portanto, a dignidade individual é um princípio que, apesar de gozar de posição prevalente no sistema de direitos fundamentais, pode ser validamente ponderado com outros princípios concorrentes¹⁴².

Sentido diverso há de se emprestar à dignidade em sentido personalista. O princípio constitucional da dignidade humana como fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais não possui um sentido monodimensional, individualista, mas é uma dignidade aberta, personalista, que alberga e reflete o pluralismo jurídico, sintetizando a própria razão de ser do sistema constitucional: a promoção dos valores humanistas. Daí porque talvez Perez Luño tê-la classificado não como um princípio, mas como um valor acima dos princípios (uma meta-norma jurídica). Nesse sentido, ela é a síntese de todos os direitos fundamentais e da necessidade de compatibilização dos interesses dos diversos sujeitos envolvidos na problemática da colisão, bem como da promoção dos valores comunitários necessários à afirmação da dignidade dos vários cidadãos e, portanto, como exigência de limitação de outros direitos fundamentais.

Nesse sentido, vide posicionamento de Ingo Sarlet:

O que nos parece deve ficar consignado é que não se deve confundir a necessidade de harmonizar, no caso concreto, a dignidade na sua condição de norma-princípio (que, por definição, admite vários níveis de realização) com outros princípios e direitos fundamentais, de tal sorte que se poderá tolerar alguma relativização, com a necessidade de respeitar, proteger e promover a igual dignidade de todas as pessoas, não olvidando que, antes mesmo de ser norma jurídica, a dignidade é, acima de tudo, a qualidade intrínseca do ser humano e que o torna merecedor ou, pelo menos, titular de uma pretensão de respeito e proteção.¹⁴³

¹⁴¹ Ainda assim se pode argumentar que um núcleo essencial de dignidade humana estaria sendo preservado, representado na proibição de penas cruéis e desumanas, de pena de morte ou prisão perpétua, de tortura e da necessidade de respeito aos direitos mínimos do preso.

¹⁴² Na teoria de Alexy, não existem princípios absolutos. Segundo Alexy, "para o princípio da dignidade da pessoa existe um amplo grupo de condições de precedência nas quais existe um alto grau de segurança de que sob elas o princípio da dignidade da pessoa precede aos princípios opostos" mas conclui que "não se pode dar uma resposta geral, mas deve-se sempre ter em conta o caso concreto": ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 106-7.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 139. Para uma visão desenvolvida da opinião de Sarlet sobre este tema, que se assemelha à nossa posição, v. *ibidem*, p. 116-141.

Essa síntese complexa da finalidade última do direito de afirmação dos valores humanistas como um todo deve orientar o processo de ponderação, sendo possível, nesse sentido personalista, afirmar que a dignidade da pessoa humana é identificada com o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

1.4 Proteção penal no sistema de direitos fundamentais

Afirmada a função da dignidade da pessoa humana no sistema de direitos fundamentais, reconhecida a necessidade de uma postura ativa do Estado na produção das condições essenciais de desenvolvimento da personalidade e já sinalizada a importância do direito penal para a construção dessas condições de existência que possibilitem o desenvolvimento da perspectiva emancipatória do ser humano, cumpre agora delimitar a inter-relação concreta entre a proteção penal e o sistema dos direitos fundamentais.

Tradicionalmente, a doutrina constitucional tem aludido a uma dupla função dos direitos fundamentais. Por um lado, os direitos fundamentais conferem direitos subjetivos, ou seja, posições jurídicas de que o indivíduo é titular perante o Estado, tanto para dele se defender (direitos a ações negativas) quanto para exigir que a pessoa faça uso dessa liberdade (direito a ações positivas). Por outro lado, os direitos fundamentais também possuem uma dimensão objetiva, no sentido de que "valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da ação estatal"¹⁴⁴.

A proteção penal pode ser trabalhada sob essas duas perspectivas. É, ao mesmo tempo, um dever objetivo de proteção por parte do Estado e um direito subjetivo fundamental de proteção. Alexy trabalha com a perspectiva de um direito subjetivo fundamental de proteção penal¹⁴⁵. Entretanto, ambas as argumentações não são excludentes, ao contrário, se reforçam mutuamente, de sorte que serão analisadas ambas as dimensões objetiva e subjetiva. Após, serão expostas as conseqüências de alçar a tutela penal em nível de direito/dever fundamental,

¹⁴⁴ VIEIRA DE ANDRADE. *Op. cit.*, p. 111.

¹⁴⁵ Segundo Alexy, "O conceito de proteção positiva não apresenta nenhum problema quando se trata de coisas tais como a proteção frente a terceiros através de normas de direito penal" e mais à frente afirma que "a subjetivização dos deveres de proteção pode fundamentar-se com o caráter de princípios dos direitos fundamentais": ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 226 e 440, respectivamente, tradução nossa. Veja-se que Alexy não exclui a existência de uma dimensão objetiva para a proteção, apenas não limita-se a essas mas estende a proteção penal a um direito subjetivo fundamental. Ver, *infra*, subseção 1.4.2.

analisando a dupla dimensão da proporcionalidade no dever de proteção, a exigência constitucional de proteção penal e as respectivas conseqüências para a instrumentalidade do processo penal.

1.4.1 Dimensão objetiva e dever fundamental de proteção penal

Afirmar que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos, mas princípios objetivos da ordem constitucional e do ordenamento jurídico, significa estabelecer que o Estado deve mover-se em direção à efetivação dos direitos fundamentais em seu conjunto, tendo como guia mestra a dignidade da pessoa humana. Segundo Hesse, essa vinculação ao sistema de direitos fundamentais implica "não apenas uma obrigação (negativa) do Estado de abster-se de ingerências no âmbito que aqueles protegem, mas também uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo aquilo que sirva à realização dos direitos fundamentais, ainda quando não haja uma pretensão subjetiva dos cidadãos"¹⁴⁶.

Portanto essa dimensão objetiva não é apenas a obrigação decorrente do direito subjetivo (o que seria uma obviedade). Refere-se ao estabelecimento de deveres e obrigações ao Estado mesmo que não haja a correspondente atribuição de "direitos" aos indivíduos, como expressão de um dever fundamental do Estado. Segundo Canotilho, há uma "vinculação das entidades públicas e privadas" através da "força dirigente dos direitos fundamentais"¹⁴⁷. Segundo Häberle, a dimensão objetiva (que este denomina de "institucional") não está em relação de subordinação ou contraposição isolada à dimensão subjetiva, mas em relação recíproca de paridade hierárquica, já que ambas são tendentes ao fortalecimento de liberdade como um todo, do indivíduo e da coletividade¹⁴⁸. Possui assento, portanto, em uma visão comunitarista do ser

¹⁴⁶ HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE. Trad. Antonio López Pina. *Manual de derecho constitucional*. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 94, tradução nossa.

¹⁴⁷ CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 400 e 405.

¹⁴⁸ HÄBERLE. *La garantía del contenido esencial... op. cit.*, p. 74-75.

humano, que não existe fora da comunidade e sem interações sociais já existentes¹⁴⁹. Como afirma Häberle:

Apenas quem tem em conta as efetivas relações vitais abarcadas pelos direitos fundamentais, a relação da liberdade com a sociedade e a relação do Direito com a realidade - os direitos fundamentais são institutos ao estar "instituídos" na esfera da existência social - pode agregar aos direitos fundamentais uma significação institucional.¹⁵⁰

Dessa dimensão objetiva, que por algum tempo foi desconhecida por parte da doutrina constitucional¹⁵¹, irradiam várias conseqüências para a o alargamento da força normativa dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, que já foram denominadas de "revolução" dos direitos fundamentais¹⁵². Vieira de Andrade destaca os seguintes desdobramentos da dimensão objetiva: as garantias institucionais, a eficácia externa ou horizontal, seu efeito de irradiação para toda a ordem jurídica, os deveres de proteção do Estado contra terceiros, as normas de direito organizatório e de direito procedimental necessárias ou convenientes para uma efetiva aplicação dos preceitos relativos aos direitos fundamentais e os deveres fundamentais¹⁵³. Serão analisados de forma sucinta cada um destes aspectos.

1.4.1.1 Garantias institucionais

As *garantias institucionais* destinam-se a, em um conjunto jurídico-normativo, regular um determinado setor da realidade econômica, social ou administrativa em torno de um

¹⁴⁹ Registre-se que, para Alexy, a teoria institucional dos direitos fundamentais é uma forma de teoria dos princípios. Esta teoria vê os direitos fundamentais como institutos, que são o fim do direito e que orientam sua interpretação. Segundo Alexy, esta teoria fornece uma concepção material das relações de preferência *prima facie* entre os princípios, apregoando que deve haver um peso igualmente relevante na "totalidade supraindividual" e no indivíduo mediante uma ponderação de interesses, com especial relevância para os bens coletivos. V. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 544-546. Sobre as teorias materiais dos direitos fundamentais e sua relação com a argumentação jusfundamental, v. *supra*, subseção 1.2.9.

¹⁵⁰ HÄBERLE. *La garantía del contenido...*, *op. cit.*, p. 96.

¹⁵¹ Häberle afirma que os motivos para um desconhecimento da dimensão institucional dos direitos fundamentais são as influências do voluntarismo (que reduz o Direito às relações de vontades subjetivas e formais), do direito natural racionalista, do subjetivismo, individualismo e liberalismo, do positivismo e formalismo (que desprenderam o direito de seu substrato sociológico) e a influência (neste aspecto negativa) da teoria dos direitos fundamentais de Schmitt e sua teoria das garantias de instituto; v. HÄBERLE. *La garantía del contenido...*, *op. cit.*, p. 87-96.

¹⁵² QUEIROZ. *Op. cit.*, p.100.

¹⁵³ VIEIRA DE ANDRADE. *Op. cit.*, p. 111-112. Segundo a proposta de Vieira de Andrade, deve ser remetida à dimensão objetiva em sentido estrito apenas aqueles efeitos que complementem ou transcendem o âmbito específico da categoria "direito subjetivo", ou seja, a uma pura dimensão de conteúdos normativos a que não possam corresponder direitos individuais. No mesmo sentido é a posição de Alexy; v. ALEXY. *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, p. 287, *apud* QUEIROZ. *Op. cit.*, p. 99.

direito fundamental e em vista da sua realização¹⁵⁴. Trata-se do reconhecimento e da asseguaração de determinados institutos já existentes no ordenamento jurídico (ou eventualmente modelados na Constituição) e que possuem a finalidade de viabilizar a realização da dignidade da pessoa humana, ainda que não atribua diretamente aos indivíduos situações de poder ou de disponibilidade em relação ao objeto específico. Assim, são exemplos de instituições que a Constituição reconhece (e eventualmente modela) com a finalidade de propiciar a realização de direitos fundamentais subjetivos: a liberdade contratual, a propriedade (CF/88, art. 5º, XXII), a família, o casamento e a união estável (CF/88, art. 226, *caput* e §§) a herança (CF/88, art. 5º, XXX), a responsabilidade familiar pela manutenção e educação dos filhos e dos filhos em relação aos pais idosos (CF/88, art. 229), a liberdade de imprensa (CF/88, art. 5º, IX), e a autonomia universitária (CF/88, art. 207). O reconhecimento constitucional dessas garantias, ainda que permita uma conformação legal pelo legislador (de acordo com o mandamento constitucional), impede-lhe a destruição, descaracterização ou desfiguração do núcleo essencial da garantia institucional¹⁵⁵. Essas garantias devem ser vistas sempre como um meio para a efetividade ótima dos direitos fundamentais, e não como um cânone em si mesmas.

1.4.1.2 Eficácia horizontal

A *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais está ligada à sua força vinculativa nas relações dos particulares entre si, ou como eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*), e não apenas da eficácia perante o Estado (vertical). Decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como uma eficácia irradiante também sobre os fenômenos privados.

1.4.1.3 Dever de proteção

A extensão dessa força normativa dos direitos fundamentais para o direito administrativo, penal e processual levou a doutrina a reconhecer a existência de um *dever de proteção* (*Schutzpflicht*) dos direitos fundamentais por parte do Estado, designadamente contra terceiros, a fim de assegurar sua efetividade. Segundo Canotilho, "[...] da garantia constitucional de um direito resulta o dever de o Estado adotar medidas positivas destinadas a proteger o

¹⁵⁴ VIEIRA DE ANDRADE. *Op. cit.*, p. 139.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 138-141. CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 1044-5.

exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros"¹⁵⁶. Essa dimensão implica uma mudança de enfoque nas ações protetivas tradicionalmente levadas a cabo pelo Estado, para serem vistas não apenas como exercício de uma função comunitária de interesse geral, mas, de forma especial, como um meio de proteção dos direitos fundamentais.

Essa perspectiva do dever de proteção estatal decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é uma das mais relevantes para a compreensão do problema das tensões intrínsecas no funcionamento do sistema de justiça penal. Analisando a relação do dever de proteção estatal com a tutela penal, afirma Vieira de Andrade:

A concepção do Estado-prestador, associada aos direitos sociais, abriu caminho para a concepção do Estado-amigo dos direitos fundamentais ou, pelo menos, do Estado responsável pela sua garantia efectiva. Deste modo, muitas das normas de direito penal, bem como as que regulam a intervenção policial passaram a ser vistas com outros olhos, da perspectiva do cumprimento de um dever de proteção, no contexto de um processo de efectivação das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais, estendida a toda a actuação dos poderes públicos.¹⁵⁷

Segundo Gilmar Mendes, o dever de proteção dos direitos fundamentais possui três subdivisões¹⁵⁸: a) dever de proibição (consistente no dever de se proibir uma determinada conduta); b) dever de segurança (que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas); c) dever de evitar riscos (que autoriza o Estado a estabelecer medidas de proteção ou de prevenção de riscos).

1.4.1.4 Normas de organização e procedimento

Também há uma quarta área de irradiação da dimensão objetiva: a obrigação de editar *normas de organização e processo* para viabilizar a concretização dos direitos fundamentais (direitos fundamentais a um procedimento). Assim, o asseguramento dos direitos de ação e de defesa são expressão direta dessa perspectiva. As inviolabilidades constitucionais, como o sigilo domiciliar e das comunicações, que exigem um procedimento determinado para

¹⁵⁶ CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 375.

¹⁵⁷ VIEIRA DE ANDRADE. *Op. cit.*, p.143. No mesmo sentido, reconhece Alexy que o direito à proteção através de normas de direito penal é uma espécie dos "direitos a ações positivas", que o cidadão possui frente ao Estado; v. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 194-5.

¹⁵⁸ MENDES. *Op. cit.*, p. 210.

sua violação estatal, também se enquadram nessa perspectiva procedimental da dimensão objetiva. Em última análise, o próprio processo penal, como instrumento de garantia do indivíduo contra o arbítrio punitivo estatal e, ao mesmo tempo, como instrumento de promoção da proteção penal efetiva, é uma instituição que instrumentaliza esse direito processual a um procedimento adequado para a restrição e realização dos direitos fundamentais¹⁵⁹. Sua constatação decorre da efetividade dos direitos fundamentais.

1.4.1.5 Deveres fundamentais

Finalmente, também costumam ser incluídos nessa perspectiva objetiva dos direitos fundamentais os *deveres fundamentais* que os cidadãos possuem em relação ao Estado ou para com outros cidadãos, seja para participar ativamente da vida pública, seja para empenhar-se de forma solidária na transformação das estruturas sociais (dever de solidariedade). São exemplos desses deveres fundamentais o voto obrigatório (CF/88, art. 14, § 1º, I), o serviço militar obrigatório (CF/88, art. 143), a responsabilidade de todos para garantir a segurança pública (CF/88, art. 144, *caput*), o dever da coletividade de defender e preservar o meio ambiente para as futuras gerações (CF/88, art. 225, *caput*), o dever da sociedade de assegurar os direitos básicos às crianças e aos adolescentes (CF/88, art. 227, *caput*) e aos idosos (art. 230, *caput*), bem como demais deveres relativos ao estatuto da pessoa na sociedade política e relacionados com a interdependência social do homem¹⁶⁰. Pode-se acrescentar neste tópico o dever fundamental geral de não violar as normas penais como forma de respeitar os direitos fundamentais dos demais cidadãos e os interesses fundamentais da coletividade.

1.4.2 Dimensão subjetiva e direito fundamental de proteção penal

Segundo Vieira de Andrade, o direito subjetivo é "um poder ou faculdade para a realização efetiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular"¹⁶¹. Os direitos subjetivos fundamentais diferenciam-se dessa conceituação geral de direito subjetivo não apenas pela qualidade típica de seu sujeito passivo (o Estado), mas

¹⁵⁹ Segundo Vieira de Andrade, há uma inter-relação entre a dimensão organizacional, as garantias institucionais e o dever de proteção, as quais constituem em seu conjunto projeções objetivas dos direitos fundamentais; v. VIEIRA DE ANDRADE. *Op. cit.*, p. 149.

¹⁶⁰ Para uma visão dos deveres fundamentais, v. VIEIRA DE ANDRADE. *Op. cit.*, p. 155-166. MIRANDA. *Op. cit.*, p. 161-165. CANOTILHO. *Op. cit.*, p. 479-482.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 114.

também pelas características de serem posições jurídicas subjetivas individuais, universais e fundamentais, entendida a fundamentalidade como "importância para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana num certo tempo e lugar, definida, por isso, de acordo com a consciência jurídica geral da comunidade"¹⁶².

Os direitos subjetivos fundamentais podem ser de duas espécies: direitos a ações negativas (direitos de defesa), e direitos a ações positivas (direitos a prestações). Os direitos de defesa conferem ao indivíduo o direito ao não-impedimento de ações, à não-afetação de propriedades e situações, e à não-eliminação de posições jurídicas¹⁶³. Já os direitos a prestações exigem do Estado uma ação positiva, seja ela fática ou normativa¹⁶⁴.

Segundo Alexy, o direito à proteção penal é uma forma especial de direito subjetivo de prestação normativa. Ou seja, há um direito fundamental à proteção penal, que se exercita na exigência de que o legislador infraconstitucional edite normas que regulem de forma eficiente a proteção penal dos bens jurídicos fundamentais mediante a sanção às condutas lesivas¹⁶⁵ e permite, até mesmo, a consideração de inconstitucionalidade de normas que venham a retirar uma proteção penal de forma desproporcional¹⁶⁶. Nesse sentido, é paradigmática a segunda decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o aborto, que, em 1993, declarou inconstitucional lei que descriminalizou o aborto, por insuficiência na proteção penal,

¹⁶² *Ibidem*, p. 136. Para uma análise dos problemas relativos aos direitos subjetivos fundamentais, v. VIEIRA DE ANDRADE. *Op. cit.*, p. 113-137. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 173-246.

¹⁶³ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 186-193.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 194-197 e cap. 9 (p. 419-502).

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 428.

¹⁶⁶ Segundo Figueiredo Dias, a pena deve ter finalidade exclusivamente preventiva (não meramente retributiva), partindo da necessidade da prevenção geral positiva (restabelecimento da paz jurídica comunitária mediante a manutenção da confiança e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada) para chegar à prevenção especial (inocuidade, intimidação pessoal e oferta de condições de prevenção da reincidência), tendo ambas, como limite máximo (não fundamento) a culpabilidade; v. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: _____. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 87-136. Em sentido semelhante, sustentando uma teoria unificadora dialética dos fins da pena, v. ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: _____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 15-47. Estas teorias dos fins da pena são o "calcanhar de Aquiles" do sistema de justiça criminal, já que toda a legitimidade do sistema repousa sobre o pressuposto de sua eficiência (ou, ao menos, utilidade). Dados os limites deste trabalho, será pressuposto o uso adequado, necessário e proporcional do direito penal material, cuja instrumentalização eficiente deverá ocorrer no processo penal. Portanto, parte-se de uma postura não cética quanto à utilidade e necessidade da proteção penal. Sem prejuízo de uma constatação de que a dignidade da pessoa humana, como princípio vinculante, impõe uma progressiva restrição à aplicação da pena privativa de liberdade em favor de medidas alternativas que valorizem a oferta efetiva de condições de ressocialização do agente, sem reduzi-lo à condição de objeto de custódia. Para uma análise recente do tema, v. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *A legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, *passim*.

entendendo-se que a regulação normativa deve assegurar um padrão mínimo de proteção constitucionalmente exigido¹⁶⁷.

Assim, pode-se distinguir entre a proteção penal fática e jurídica. A proteção penal fática consiste em evitar que os bens jurídicos penais sejam lesionados. Tal ocorre com as políticas estatais de segurança pública (polícia administrativa de prevenção, com atuação ostensiva) e demais políticas criminais em sentido *lato* (políticas sociais, de educação, fomento de emprego etc). Mas também há uma proteção penal normativa, consistente no direito dos cidadãos a que o legislador edite normas de criminalização das condutas lesivas aos bens jurídicos, estabelecendo penas adequadas (proteção material) e um processo eficiente de aplicação desses dispositivos penais (normas de organização e procedimento).

Alexy considera que os direitos a prestações também são razões *prima facie* e, portanto, princípios. A idéia reitora dos direitos a prestações positivas, segundo Alexy é que "os direitos fundamentais são posições tão importantes que sua outorga ou não outorga não pode ficar em mãos da simples maioria parlamentar"¹⁶⁸. A questão problemática é verificar quais prestações positivas são tão importantes a ponto de justificar sua qualificação como direito fundamental e, portanto, retirá-la da análise do legislador democraticamente eleito. Segundo Alexy, o critério da importância é um padrão formal, que deve ser integrado por uma análise material dessa importância, afirmando que o norte para tal materialização da importância deve ser o conceito de dignidade da pessoa, cujo enunciado aberto há de ser dado em concreto pela argumentação substancial do direito constitucional¹⁶⁹.

Alexy identifica três espécies de direitos a ações positivas do Estado: direitos de proteção, direitos a normas de organização e procedimento e direitos sociais. Para os fins deste trabalho, analisar-se-ão apenas os direitos de proteção e os direitos a normas de organização e procedimento.

¹⁶⁷ Para um comentário desta decisão, v. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo: RT, n. 47, p. 99, mar.-abr. 2004.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 432.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 435.

1.4.2.1 Direito fundamental de proteção - a proteção penal material

Segundo Alexy, os direitos à proteção são "direitos constitucionais a que o Estado organize e maneje a ordem jurídica de uma determinada maneira que respeite a relação recíproca de sujeitos jurídicos iguais"¹⁷⁰. Assim, significa o direito de que o Estado "realize ações positivas fáticas ou normativas que têm como objetivo a delimitação das esferas de sujeitos jurídicos de igual hierarquia, assim como a imposição dessa demarcação"¹⁷¹.

Alexy, analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, conclui que há uma oscilação no reconhecimento de direitos subjetivos de proteção, ou de mero dever de proteção decorrente de norma objetiva. Alexy reconhece que não há dúvidas de que existe um dever fundamental de proteção penal que decorre da ordem objetiva de valores que representam os direitos fundamentais. Todavia, argumenta Alexy que a proteção penal não é apenas um dever objetivo do Estado, mas, ilustrando com a proteção da vida através da criminalização do homicídio, afirma haver também um direito subjetivo fundamental do indivíduo à proteção penal. Segundo Alexy, "a subjetivação dos deveres de proteção pode fundamentar-se com o caráter de princípios dos direitos fundamentais" e conclui que "apenas a subjetivação dos direitos a proteção faz justiça ao 'sentido originário e permanente dos direitos fundamentais' como direitos individuais"¹⁷². Tal conclusão resulta do fato de os direitos fundamentais serem, em primeiro lugar, direitos individuais subjetivos e, portanto, se uma liberdade individual está jusfundamentalmente protegida, então a proteção tem, em princípio, a forma de um direito subjetivo.

A estrutura de um dever de proteção é diversa da de um direito de defesa. Enquanto o direito de defesa exige a omissão de todas as condutas lesivas, o direito de proteção exige a realização de apenas uma das várias possíveis ações adequadas de proteção, existindo, portanto, um *campo de ação* dentro do qual é possível a escolha de uma das formas de cumprimento do mandato de proteção. A atribuição para a escolha de qual dentre as opções possíveis será implementada pertence, em princípio, ao legislador. Ainda assim, Alexy não afasta a possibilidade de o Tribunal Constitucional possuir competência de controle para realizar os prognósticos de escolha da melhor proteção ou para rever os prognósticos do legislador. Segundo

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 436.

¹⁷¹ *Loc. cit.*

¹⁷² *Ibidem*, p. 440.

Alexy, o próprio princípio da competência do legislador é um mandado de otimização que deve ser ponderado com os demais princípios em colisão para determinar a possibilidade de controle judicial de suas escolhas. Afirma:

o problema do prognóstico se converte em um problema da ponderação entre o respectivo princípio jusfundamental material afetado e o princípio formal da competência de decisão do legislador democraticamente legitimado. Os outros múltiplos pontos de vista que devem ser tomados em conta devem fazer-se valer no marco dessa ponderação¹⁷³.

As ponderações de interesses sobre os direitos de proteção constituem "ponderações complexas", pluridimensionais, nas quais é necessário delimitar as posições jusfundamentais de diferentes titulares de direitos fundamentais. Alerta Alexy que "nas ponderações dentro do marco dos direitos à proteção, podem jogar um papel decisivo, além dos direitos, outros bens da comunidade"¹⁷⁴, identificando uma estrutura triádica nesses direitos: "direitos de *a*, bens da comunidade, direitos de *b1*, *b2*, [...]"¹⁷⁵. Especificamente no campo tutela penal, Alexy afirma que o terceiro elemento da colisão geral, ao lado dos direitos do acusado e da vítima, é o "dever de proteção em face da comunidade geral de cidadãos", que possui como conteúdo a segurança pública¹⁷⁶. Assim, o problema das colisões em matéria penal é tratado por Alexy como colisão de direitos fundamentais de múltiplas titularidades (colisão em sentido estrito), e não apenas como colisão com valores protegidos pelo interesse público (colisão em sentido amplo)¹⁷⁷.

No direito penal e processual penal, podem ser identificados, ao menos, três titulares de interesses contrapostos: acusado, vítima e coletividade. É do equilíbrio desses interesses que resulta a ponderação complexa do dever de proteção penal.

Em relação ao acusado, trata-se de uma intervenção restritiva de direitos. Portanto, este possui um direito de defesa (a ações negativas), no sentido de que seja respeitado seu direito de liberdade e, nesse sentido, a intervenção do Estado está limitada por uma proibição de excesso.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 454.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 451.

¹⁷⁵ *Loc. cit.*

¹⁷⁶ ALEXY. *Colisão e ponderação...*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 5.

Em relação à vítima e à coletividade, há um direito fundamental de proteção penal, no sentido de que o Estado proteja os bens jurídicos mais relevantes à agregação do tecido social mediante normas incriminadoras, com penas proporcionais, bem como exige a realização concreta desse sistema de justiça criminal de forma eficiente. Havendo uma vítima individualizada, ela possui um direito fundamental à proteção penal. Ademais, há uma titularidade difusa do direito subjetivo fundamental de proteção penal: todas as pessoas (por não saberem se serão potencialmente uma vítima no futuro) possuem o direito à eficiente proteção penal. Segundo Alexy, "a Lei Fundamental fundamenta um dever de proteção não apenas frente a um indivíduo particular, senão frente à totalidade dos cidadãos"¹⁷⁸. Portanto, frente a essa obrigação de promoção da proteção perante a vítima e a coletividade, há uma proibição de insuficiência da proteção penal.

1.4.2.2 Direitos a organização e procedimento - a instrumentalidade processual penal

Alexy prefere englobar a expressão tradicional de "direitos a normas de organização e procedimento" apenas em "direitos a procedimentos" ou "direitos procedimentais".

Segundo Alexy, a existência de direitos fundamentais materiais reclama, para sua realização, a existência de normas que organizem e estabeleçam o procedimento de realização do direito material. Assim, analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), conclui que "a todo direito fundamental material lhe estão adscritos direitos procedimentais". Uma das formas de realização desse direito, segundo Alexy, é uma interpretação conforme a Constituição das normas procedimentais existentes, para imprimir-lhes a maior eficácia possível de defesa dos vários direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, segundo o resultado da ponderação de interesses dos princípios em colisão¹⁷⁹.

Há, segundo Alexy, quatro espécies de direitos a organização e procedimento: competências de direito privado, procedimentos judiciais e administrativos, organização em sentido estrito, e formação da vontade estatal.

¹⁷⁸ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 448.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 460.

Os procedimentos judiciais são o exemplo clássico de direitos fundamentais a normas de organização e procedimento. Segundo Alexy, os direitos a procedimentos judiciais "são direitos a uma proteção jurídica efetiva"¹⁸⁰.

Segundo Alexy, a observância do procedimento não irá necessariamente gerar a correção do resultado, mas possibilita uma maior probabilidade de um resultado conforme o direito fundamental. Por essa razão, os direitos fundamentais exigem procedimentos como meio para sua proteção, sem renúncia da necessidade de examinar a conciliação material dos resultados do processo com as normas de direitos fundamentais¹⁸¹. Afirma Alexy que: "pelo que respeita à conexão entre direitos fundamentais e procedimentos jurídicos, o aspecto procedimental e o material têm que ser reunidos em um modelo dual que garanta o primado do aspecto material"¹⁸². Tal perspectiva permite uma ligação entre a justiça do procedimento com a maior correspondência possível entre a verdade processual e a verdade real¹⁸³. Conclui Alexy que também há uma íntima relação entre as normas de organização e procedimento relativas aos processos judiciais e os próprios direitos de proteção, já que estas garantem a proteção de posições jurídicas existentes frente ao Estado e frente a terceiros. Essa ligação é mais íntima na proteção penal, já que o direito penal é um direito de coação indireta, que não se realiza espontaneamente, mas necessita sempre do processo penal como instrumento de sua realização¹⁸⁴. Assim, fixado o direito fundamental de proteção penal material, sua consequência no plano processual será o direito fundamental procedimental ao processo penal eficiente. Em outras palavras, há um direito fundamental à proteção penal eficiente.

1.4.3 Dimensões da proporcionalidade na proteção penal: proibição de insuficiência e de excesso

Como visto acima, havendo uma ponderação complexa na proteção penal, ante a necessidade de proteger ao máximo a liberdade do investigado/acusado contra uma irracionalidade punitiva e, também, promover ao máximo o dever do Estado e direito de todos os cidadãos e da vítima de proteção penal, a proporcionalidade possui uma dupla dimensão na

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 472.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 473.

¹⁸² *Ibidem*, p. 474.

¹⁸³ Desenvolvendo esta ligação entre verdade e justiça, v. *infra*, subseção 2.2.3.

¹⁸⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 27-28.

proteção penal: significa proibição de excesso e de insuficiência. A proibição de excesso (*Übermassverbot*) se expressa quando há restrição de direitos fundamentais, e foi, por muito tempo, confundida como um sinônimo da própria proporcionalidade (e suas três submáximas de adequação, necessidade e proporcionalidade, conforma já explanadas *supra*). Contudo, há uma nova feição da proporcionalidade que ganha corpo na doutrina constitucional: a proibição de insuficiência (*Untermassverbot*)¹⁸⁵.

A proibição de insuficiência ainda não possui um tratamento dogmático tão refinado quanto a proibição de excesso. Todavia, é possível identificar algumas características dessa perspectiva da proporcionalidade. Trata-se de uma proibição de omissão de proteção minimamente eficaz por parte do Estado dos direitos fundamentais. Assim, não é possível realizar uma identificação entre a proibição de insuficiência e o requisito da necessidade na proibição de excesso, já que nem tudo que é necessário (não excessivo) na perspectiva de realizar a menor lesão possível ao direito fundamental restringido é suficiente para a proteção eficaz do direito fundamental com um imperativo de proteção¹⁸⁶. Considerando que há maior margem de atuação dos órgãos estatais na definição dessas medidas protetivas (o que Alexy denomina de *campo de atuação*), a proibição de insuficiência exige que, dentre as várias medidas possíveis do campo de atuação, se escolha uma das que seja suficiente para a proteção minimamente satisfatória do direito fundamental. Assim, essa perspectiva da proporcionalidade não permite ao judiciário a eleição da melhor das medidas do campo de atuação (uma discricionariedade que, a princípio, pertence ao legislador), mas permite o afastamento das medidas que evidentemente não sejam suficientes para a proteção. É, portanto, um limite inferior ao espaço de configuração do legislador, estabelecendo exigências mínimas¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Esta dupla diferenciação foi cunhada, ao que se tem notícia, por Canaris, para aplicação no dever de proteção perante as relações privadas entre particulares. V. MENDES. *Op. cit.*, p. 20. No mesmo sentido, v. SARLET. *Constituição e proporcionalidade...*, *op. cit.*, p. 99. STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 97, p. 171-202, mar. 2005. Para uma análise da aplicação dessa dupla perspectiva da proporcionalidade para as normas penais, v. FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, *passim*, especialmente p. 108-129.

¹⁸⁶ Sarlet ilustra esta situação com o exemplo do aborto: a obrigatoriedade da leitura de um folheto informando sobre a vida ultra-uterina pode ser necessário na perspectiva da restrição da liberdade da mãe, mas não é suficiente na perspectiva da proteção da vida intra-uterina. SARLET. *Constituição e proporcionalidade...*, *op. cit.*, p. 105, nota 110. Conclusão semelhante, sobre a não-identidade do conceito de necessidade em ambas as perspectivas da proporcionalidade, é sustentada por Dietlein *apud* FELDENS. *Op. cit.*, p. 113 *et seq.*

¹⁸⁷ Sobre a proibição de proteção penal deficiente, v. FELDENS. *Op. cit.*, p. 108-129.

A situação pode ser ilustrada da seguinte forma: caso o legislador tenha à sua disposição as medidas A, B e C, sendo que A oferece a melhor proteção, B oferece uma proteção menor mas suficiente, e C não oferece uma proteção suficiente, o legislador possui a liberdade de escolher as opções A e B. Caso o legislador escolha C, poderá o judiciário declarar a inconstitucionalidade da medida por insuficiência de proteção. Caso o legislador escolha B, não poderá o judiciário afastar a escolha para estabelecer a medida A.

Essa regra possui uma aplicação menos complexa quando há uma regra geral anterior de proteção e uma exceção pontual de limitação da proteção. Caso essa exceção crie uma situação que não permita uma proteção suficiente dos direitos fundamentais em colisão, será possível uma declaração de inconstitucionalidade por violação do princípio da proporcionalidade (proibição de insuficiência de proteção) da exceção limitativa da proteção, restabelecendo a proteção geral anterior¹⁸⁸. Assim, *e.g.*, uma lei que simplesmente revogasse o art. 121 do Código Penal (crime de homicídio), sem outras regulações, deve ser declarada inconstitucional por violação à proibição de insuficiência de proteção. O problema se agrava quando não há uma situação anterior de proteção, colocando-se a questão de verificar se pode o judiciário estabelecer diretamente uma medida de proteção, e quais seriam os parâmetros para tal atitude. Contudo, deixa-se de abordar essa perspectiva por entendermos que a primeira situação (exceção limitativa de uma proteção como regra geral) já atende aos objetivos deste trabalho¹⁸⁹.

Com essas considerações, conclui-se que o dever de proteção pode validamente justificar a restrição de direitos fundamentais individuais, e a resolução dessa situação se dará

¹⁸⁸ Cite-se como exemplos de situações que a doutrina nacional tem reconhecido (ainda que com controvérsias nos tribunais) sobre uma situação de violação da proibição de insuficiência: a crítica contra uma declaração de inconstitucionalidade da agravante da reincidência, a crítica à redução de pena em crimes extremamente graves decorrente da continuidade delitiva, a extinção da punibilidade do crime de estupro pelo casamento da vítima com terceiro (já revogada pela Lei n. 11.106/05), a crítica à extensão indiscriminada do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo ao crimes com pena máxima não superior a dois anos (realizada pelo art. 2º da Lei n. 10.409/02), a defendida inconstitucionalidade do art. 9º da lei do Refis (Lei n. 10.684/03), dispensa de laudo criminológico para a progressão de regime prisional (Lei n. 10.792/03, que alterou a Lei n. 7.210/84, art. 112), dentre outros. V. as duas primeiras críticas em: SARLET. *Ibidem*, p. 113-116; as três últimas críticas em: STRECK. A dupla face do princípio da proporcionalidade., *loc. cit.*; a última em: FELDENS. *Op. cit.*, p. 202-203.

¹⁸⁹ A inadmissibilidade da prova ilícita é uma exceção à regra geral da admissibilidade da prova, decorrente do direito de ação, que se justifica por uma razão política de criar um sistema processual que proteja os direitos fundamentais (v. *infra*, subseções 2.2.5, 2.3.2 e 2.5.1). Registre-se que, na teoria de Alexy, havendo um direito fundamental subjetivo de proteção, é possível a demanda judicial, registrando Alexy que o próprio princípio da competência do legislador é um mandato de otimização que pode ser ponderado, conforme as circunstâncias. V. *supra*, item 1.4.2.1. Todavia, trata-se de uma questão complexa que transcende os objetivos e limites deste trabalho.

mediante o recurso ao princípio da proporcionalidade, nos termos das situações ordinárias de colisão. Nesse sentido, afirma Vieira de Andrade:

[...] quando a protecção dos direitos de uma pessoa possa pôr em causa a esfera jurídica de terceiros, exige-se que essa protecção seja medida por uma ponderação dos bens ou valores em presença e que respeite o princípio da proporcionalidade, nos termos gerais válidos para as situações de colisão ou de conflito. E limitações e imposições semelhantes não de valer quando estejam em causa *valores comunitários relevantes* (incluindo também a liberdade geral) que ao Estado cumpre assegurar¹⁹⁰.

A ponderação entre interesses coletivos (dever de protecção) e direitos individuais é estabelecida como forma de assegurar os pressupostos necessários para a realização do direito de liberdade, sem os quais tal direito carece de valor sem o pressuposto real de poder recorrer a ele¹⁹¹.

A dupla dimensão da proporcionalidade no direito penal (e processual penal) impõe a necessidade da análise da garantia dos direitos fundamentais sob uma dupla perspectiva: garantias de protecção do indivíduo contra a coletividade e garantias de protecção da coletividade contra o indivíduo. Esse conflito de princípios no processo penal não pode sofrer uma caricatura de mera oposição binária entre segurança pública *versus* liberdade individual. Há uma tensão dialética entre direitos fundamentais *versus* direitos fundamentais (do acusado, da vítima e da coletividade). A protecção da liberdade individual é um interesse coletivo, na medida em que a protecção dessa esfera particular é um pressuposto da possibilidade de participação do indivíduo na coletividade, bem como a promoção dos valores comunitários é de interesse dos indivíduos que compõem a coletividade¹⁹².

Ultimamente, sob a roupagem de *garantismo penal*, têm-se desenvolvidos os instrumentos técnicos de realização da primeira perspectiva da proporcionalidade no processo penal, de criação de garantias processuais que assegurem o respeito do indivíduo

¹⁹⁰ VIEIRA DE ANDRADE. *Op. cit.*, p. 145.

¹⁹¹ No mesmo sentido, admitindo a ponderação entre interesses coletivos e individuais, afirma Guerra Filho que a ponderação consiste no procedimento de colocar "de um lado, o interesse no bem-estar da comunidade e, de outro, as garantias dos indivíduos que a integram, a fim de evitar que se beneficie demasiadamente um em detrimento do outro"; v. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: _____ (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 28. No mesmo sentido, admitindo a ponderação de direitos fundamentais com bens jurídicos comunitários de assento constitucional: FARIAS. *Op. cit.*, p. 94.

¹⁹² Para uma análise do interesse do Estado na protecção dos direitos fundamentais do acusado, v. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO. *Op. cit.*, p. 245-7.

investigado/acusado contra a arbitrariedade punitiva, mediante o estudo dos direitos e garantias individuais. Porém, o verdadeiro garantismo não se exaure na proteção ilimitada do indivíduo, mas também deve compatibilizar a necessidade de proteção da coletividade, sob pena de gerar o que Sarlet denominou de garantismo autista¹⁹³. Tal compatibilização das duas vertentes de proteção que o processo deve albergar deve gerar um *garantismo integral*¹⁹⁴, que maximize a proteção do indivíduo diretamente afetado pelo processo contra uma irracionalidade punitiva, mas também maximize a realização prática dos direitos da coletividade mediante a proteção penal. Uma visão unilateral de garantismo apenas individualista não é compatível com a efetiva proteção dos direitos fundamentais com um todo, nem com a dignidade humana sob a perspectiva personalista, tampouco com a idéia que rege a Constituição brasileira.

1.4.4 Reconhecimento do direito e dever de proteção penal eficiente na Constituição Federal de 1988

A Constituição Brasileira de 1988 é paradigmática no detalhamento do regramento penal e processual penal. A íntima relação da proposta de sistema penal e processual penal com a as diversas concepções jurídico-políticas de Estado e mesmo do próprio Direito (relação entre Estado e pessoa individual e a posição desta na comunidade) faz com que o processo penal, na expressão de Henkel, seja verdadeiro *direito constitucional aplicado*¹⁹⁵. Daí ter merecido especial atenção o tema na atual Constituição, marcada pela transição de um modelo de Estado repressivo para um Estado Democrático e Social de Direito, com uma influência nitidamente comunitarista¹⁹⁶.

Como já explicitado, possui razoável desenvolvimento na doutrina a perspectiva do garantismo em sentido individual¹⁹⁷, estabelecendo-se garantias ao indivíduo de

¹⁹³ SARLET. Constituição e proporcionalidade..., *op. cit.*, p. 89

¹⁹⁴ Expressão utilizada por Sarlet em *loc. cit.* Streck utiliza a expressão garantismo negativo (para a proteção das liberdades negativas pela proibição de excesso) e garantismo positivo (para a proteção das liberdades positivas mediante a proibição de insuficiência), concluindo pela possibilidade, inclusive, de controle de constitucionalidade sob a perspectiva do garantismo positivo; v. STRECK. A dupla face do princípio da proporcionalidade..., *op. cit.*, p. 176-7.

¹⁹⁵ *Apud* FIGUEIREDO DIAS. *Direito processual penal*, *op. cit.*, p. 74. Sobre a ligação entre o processo penal e a concepção de Estado (liberal, totalitário ou o Estado Democrático e Social de Direito), v. *ibidem*, p. 58-80. No mesmo sentido, afirmando que o processo penal é o "sismógrafo da Constituição do Estado", v. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2000, p. 10.

¹⁹⁶ Neste sentido: CITTADINO. *Op. cit.*, p. 43-74.

¹⁹⁷ Tem influência especial no Brasil a teoria do garantismo penal de Ferrajoli. V. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. Comentando esta teoria de Ferrajoli e sua aplicabilidade

proteção contra um resultado processual que não o degrade como objeto de julgamento, mas permita-lhe uma participação ativa no procedimento na qualidade de sujeito de direitos. A justificação do garantismo parte do pressuposto de que o processo penal está inscrito na epistemologia da incerteza, diante do caráter aproximativo da verdade fática e opinativo da verdade processual, bem como do reconhecimento de uma desigualdade processual entre o acusado e o Estado, já que este último investiga, acusa e julga, procurando trabalhar com garantias para reduzir a incerteza do resultado e promover a possibilidade de participação do acusado no processo como forma de assegurar a legitimidade do resultado pela obediência ao procedimento¹⁹⁸. Tradicionalmente, são apontadas como garantias processuais previstas na Constituição destinadas a assegurar um resultado legítimo: devido processo legal (art. 5º, LIV), garantia de acesso à justiça criminal (art. 5º, XXXV e LXXIV), juiz natural (art. 5º, LIII e XXXVII), igualdade processual (art. 5º, *caput* e I), ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV), publicidade (art. 5º, LX e art. 93, IX), presunção de inocência (art. 5º, LVII), motivação (art. 93, IX), garantia do término da persecução penal em prazo razoável (art. 5º, LXXVIII), o princípio acusatório (art. 129, I) e outras garantias. Aqui será ressaltado o outro aspecto do garantismo integral: o decorrente do dever de proteção penal na Constituição.

Uma indicação de um dever de proteção penal na Constituição é dada pelo *caput* do art. 5º, que estabelece ser direito fundamental de todos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à segurança. O dever estatal de segurança pública está explicitado no art. 144, *caput*, e sua realização através do direito penal é revelada nos respectivos incisos, nos quais a utilização do direito penal é discriminada sob o título da segurança pública¹⁹⁹. Também possui especial relevância a afirmação constitucional do Ministério Público como instituição à

no Brasil, v. CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. E Idem. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Para uma visão da doutrina brasileira sobre o tema as garantias constitucionais do processo penal ver, dentre tantos, TUCCI. *Direitos e garantias individuais...*, *op. cit.* SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005. LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002. Analisando o problema do princípio acusatório e sua relação com o sistema garantista, v. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁹⁸ Para uma visão dos limites da verdade processual em Ferrajoli, v. *infra*, subseção 2.2.2.

¹⁹⁹ Segundo Silva Sánchez, citando Jakobs, "a tendência à jurisdicionalização, com independência de qual seja sua base, já não permite, pelo menos em um Estado prestador de benefícios, que a segurança seja concebida como um mero reflexo da atividade policial, senão que se converte em um direito, cujo asseguramento pode ser exigido do Estado"; v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 49.

qual é incumbida a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*), sendo-lhe estabelecido como primeiro instrumento de atuação a promoção privativa da ação penal pública (art. 129, I), o que leva à conclusão de que a ação penal é um instrumento da defesa daqueles valores cuja proteção é encarregada ao Ministério Público.

Também é possível constatar um imperativo constitucional indicativo de utilização do direito penal no art. 5º, inciso XLI, ao estabelecer, dentre os incisos relativos à tutela penal, que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". A previsão da utilização do direito penal para essa punição é dada pelo inciso XLVI do mesmo artigo, que prevê as penas possíveis, dentre as quais está a "privação ou restrição da liberdade". Além desses dispositivos explícitos, há vários outros que permitem a conclusão de que a Constituição exige uma aplicação eficiente do direito penal: o estabelecimento da inafiançabilidade e imprescritibilidade para os crimes de racismo e de ação de grupos armados contra a ordem constitucional (art. 5º, incisos XLII e XLIV) e a inafiançabilidade e tratamento mais rígido aos crimes hediondos e equiparados (inciso XLIII). Tais normas estão inscritas sob o título "dos direitos e deveres individuais e coletivos", de sorte que essa inclusão tópica permite a conclusão de que a própria Constituição estabelece um imperativo de criminalização de condutas lesivas aos direitos fundamentais, bem como de tratamento penal mais rígido a situações lesivas dos direitos fundamentais. Além desses, Feldens arrola como mandados constitucionais de penalização expressos o crime de retenção dolosa do salário de trabalhador (art. 7º, X), abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente (art. 227, § 4º), e os crimes contra o meio ambiente (art. 225, § 3º)²⁰⁰. Conclui-se que a Constituição brasileira faz uma opção pela utilidade e necessidade do direito penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, opta pela existência de um sistema penal.

Ademais, ao lado desses mandados de penalização expressos, é possível afirmar a existência de mandados de penalização implícitos das condutas agressivas aos demais direitos fundamentais, muitos dos quais mais relevantes que os protegidos pelos mandados de penalização

²⁰⁰ FELDENS. *Op. cit.*, p. 80-84.

expressos (como a vida, liberdade e dignidade). Esses mandados de penalização são justificados no caráter de imperativos de tutela dos direitos fundamentais²⁰¹.

Não apenas para as situações mais graves há um mandamento de proteção penal. Também para as infrações penais de menor potencial ofensivo a Constituição estabelece no art. 98, inciso I, um mandamento de que elas não poderão ser descriminalizadas e, portanto, solucionadas em instâncias extrapenais. Deverão ser solucionadas numa justiça criminal (Juizados Especiais Criminais), ainda que se permita, nesses casos, autocomposição mediante acordo civil ou transação penal e um procedimento mais desformalizado²⁰².

Uma última expressão do reconhecimento desse dever de proteção penal é a garantia da ação penal privada subsidiária da pública, prevista no art. 5º, inciso LIX, também sob o título dos direitos e garantias fundamentais. Esse dispositivo permite a clara conclusão de que a vítima possui um direito fundamental à proteção penal eficiente pelo Estado, tanto que, caso o Estado não promova a ação penal pública no prazo legal (através de seu órgão com atribuições, que é o Ministério Público), poderá o cidadão²⁰³ ajuizar uma ação penal privada com o mesmo objetivo. Não se trata de um retorno à vingança privada nem um abrir mão da perspectiva preventiva e não-retributivista da pena, mas de explicitação de uma garantia de atuação eficiente do sistema de justiça criminal, que é justificada pela existência de um direito fundamental de proteção penal²⁰⁴. Em conclusão, como afirma Mir Puig, o direito penal é um instrumento essencial à proteção efetiva dos cidadãos no Estado Social e Democrático de Direito²⁰⁵.

²⁰¹ De forma mais desenvolvida, sobre os mandados de penalização implícitos, v. *ibidem*, p. 93-154. Registre-se, contudo, que Feldens admite que "a teoria dos mandados implícitos de penalização é uma teoria de extremos", de forma que há uma larga zona intermediária de conformação do legislador penal entre o insuficiente e o excessivo, a ser estabelecida de acordo com a política criminal do Estado; v. *ibidem*, p. 153.

²⁰² Daí a exata observação de Boschi de que o Juizado Especial Criminal veio "trazer de volta para o interior do sistema penal a clientela, geralmente pobre, que dele vinha conseguindo se libertar graças à teoria da bagatela"; v. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2002, p. 145. O efeito prático dos Juizados foi ressuscitar as contravenções penais, que já estavam esquecidas pelo sistema de justiça criminal (o que não impede o intérprete de realizar uma análise crítica para verificar a infração penal de menor potencial ofensivo possui uma objetividade jurídica minimamente condizente com o sistema de direitos fundamentais, pois não se trata de infração penal sem potencial ofensivo).

²⁰³ A Constituição não esclarece a titularidade desta garantia (se apenas da vítima ou de qualquer cidadão). O Código de Processo Penal, que é anterior à Constituição, estabelece que esta legitimidade é da vítima ou de seus sucessores; v. art. 29 a 31 do CP.

²⁰⁴ Para uma identificação da garantia do art. 5º, LIX da CF/88, com o direito fundamental de proteção penal, v. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 11-70.

²⁰⁵ MIR PUIG, Santiago. Revisión de la teoría del delito en un estado social y democrático de derecho. *Crimen y castigo*: Cuaderno del departamento de derecho penal y criminología de la Facultad de Derecho U.B.A., Buenos Aires: Depalma, ano I, n. 1, p. 129-132, ago. 2001.

Ademais, não se pode negligenciar que, do ponto de vista da política criminal, há uma demanda social cada vez mais forte no sentido da expansão da proteção penal. Segundo Silva Sánchez, pode ser apontado como causa desse processo o incremento de novos riscos na sociedade pós-industrial, que institucionaliza uma sensação social de insegurança, a qual, aliada a uma descrença nas outras instâncias de proteção, gera ambiente propício a uma demanda crescente de utilização do direito penal como instrumento de proteção desses novos riscos²⁰⁶. Assim, sendo a Constituição em sentido material um reflexo da forma de organização jurídica da sociedade, não pode ela ser alheia aos anseios sociais de pacificação mediante a aplicação do direito penal.

O reconhecimento de um direito/dever de proteção penal, frise-se, não implica a desnecessidade da constante tarefa de análise crítica da compatibilização da proteção penal destes novos (e velhos) bens jurídicos com o sistema de direitos fundamentais, especialmente na análise da adequação (aptidão de cumprir sua finalidade de proteção), necessidade (subsidiariedade) do direito penal e proporcionalidade da restrição. A questão da aptidão protetiva do direito penal é um problema ligado às denominadas teorias da pena que, num Estado Democrático e Social de Direito, devem estar direcionadas à proteção de bens jurídicos, guiadas por uma política criminal de proteção dos direitos fundamentais. Todavia, do ponto de vista constitucional, é possível afirmar que a Constituição brasileira tanto não acolheu um modelo de direito penal máximo, como também não endossa uma perspectiva abolicionista, expressando preocupações tanto com a proteção individual quanto com a coletiva.

1.4.5 Processo penal e proporcionalidade

Reconhecido o dever fundamental de proteção penal na Constituição Federal de 1988, sua realização deve ocorrer mediante normas de organização e procedimento eficientes e guiadas pela proporcionalidade, o que permite a conclusão de um novo princípio: o princípio da proteção penal eficiente²⁰⁷. A primazia do resultado perante as formalidades, a que aludiu Alexy, tem sua expressão na denominada instrumentalidade do processo.

²⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.*, p. 27-74.

²⁰⁷ Recentemente foi publicado o trabalho de Rogério Schietti sobre prisão cautelar, no qual tivemos a honra de ser citados como referência sobre a existência e a aplicação do princípio da proteção penal eficiente, tendo aquele autor estendido as implicações deste princípio às necessárias ponderações em matéria de prisão cautelar. Cf. CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 65-68.

Segundo Dinamarco, a instrumentalidade do processo possui uma perspectiva negativa, significando uma tomada de consciência de que o processo "não é fim em si mesmo e portanto as suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes"²⁰⁸. Mas acentua o referido autor que a instrumentalidade também possui uma dimensão positiva, que exige a eficiência do processo para cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica e alcançar seus objetivos institucionais. Sintetiza Dinamarco:

O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja potencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas, constitui o motivo central dos estudos mais avançados, na ciência processual da atualidade²⁰⁹.

Essa perspectiva impõe a necessidade de um "modo-de-ser" efetivo do processo, mediante sua abertura para a máxima realização legítima do direito material. A dupla dimensão da proporcionalidade (proibição de excesso e de insuficiência) também se manifesta no processo penal, impondo-lhe uma dupla instrumentalidade: garantias individuais e funcionalidade eficiente. O processo penal deve ser um filtro do direito penal máximo (garantismo) e realizador do direito penal mínimo necessário (funcionalismo). Daí ser possível afirmar que o processo penal possui uma *instrumentalidade garantista-funcional* como expressão do devido processo penal proporcional, representando o imperativo de ponderação entre a necessidade de estabelecer garantias processuais de legitimidade do sistema com uma ponderação razoável da expectativa social de eficiência do processo penal (funcionalidade) e a respectiva realização da função social da pena segundo a direção de uma política criminal guiada pela proteção personalista da dignidade humana²¹⁰. Afirmava von Liszt a necessidade de uma ciência conjunta do direito penal (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), na qual a política criminal seja a guia de atuação do sistema, tendo o funcionalismo penal realizado importantes alterações na dogmática penal pela aplicação

²⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 266.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 266-7.

²¹⁰ Admitindo uma dupla finalidade do processo: função realizadora do direito penal e função de garantia dos direitos individuais; v. ABALOS, Raul Washington. *Derecho procesal penal: cuestiones fundamentales*. Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo, 1993, t. I, p.8-14.

de critérios de política criminal²¹¹. É possível também uma introdução de critérios de política criminal como norteadores da instrumentalidade do processo²¹².

Essa perspectiva afasta uma postura de excessivo formalismo, impõe um dever de funcionamento adequado das instituições encarregadas da persecução penal, e vincula as medidas restritivas de direitos fundamentais no processo penal à observância dos subprincípios da proporcionalidade, de forma a evitar as afetações excessivas da liberdade de um possível inocente. Orienta a simplificação do processo, mantendo-se as garantias necessárias à correção do resultado e afastando o formalismo estéril. Aponta a necessidade de diferenciar situações de maior ou menor lesividade ao sistema de direitos fundamentais e direcionar vetores de atuação preferencial do processo. Não à toa constatou Guerra Filho que ainda permanece inexplorada a via necessária para reformular todo o processo a partir dos imperativos de um Estado de Direito Social e Democrático, no qual a procedimentalização da Constituição seja a forma de realização dos direitos fundamentais²¹³.

Apenas um saudável equilíbrio entre os vetores em colisão complexa no processo penal lhe permitirá ser um instrumento de efetivo restabelecimento da paz jurídica. Neste sentido, sintetiza Roxin:

O fim do processo possui, então, natureza complexa: a condenação do culpado, a proteção do inocente, a formalidade do procedimento afastada de toda arbitrariedade e a estabilidade jurídica da decisão. Todas essas exigências são igualmente significativas para uma comunidade organizada desde o ponto de vista do Estado de Direito²¹⁴.

A compreensão destas finalidades do processo penal é essencial para a solução de seus problemas concretos. Afirma Figueiredo Dias, ao comentar as finalidades do processo, que é necessária:

a revelação das grandes relações (enquadramentos) funcionais entre as singulares normas e problemas jurídico-processuais e a totalidade da ordem jurídica; o que, se não serve para dar ao juiz a solução que lhe falte para um certo problema concreto, ajuda ao esclarecimento dos pressupostos últimos, na

²¹¹ Para uma visão geral das diversas correntes funcionalistas, v. GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Disponível em: <<http://www.direitosfundamentais.com.br>>. Acesso em: 12 abr. 2005.

²¹² Neste sentido, v. FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2000, *passim*.

²¹³ GUERRA FILHO. *Op. cit.*, p. 19.

²¹⁴ ROXIN. *Derecho procesal penal, op. cit.*, p. 4.

base dos quais não de ser encontrados os critérios básicos de solução dos problemas concretos²¹⁵.

Cada ato do processo deve ser realizado sob a ponderação pluridimensional desses princípios norteadores, ainda que sejam aparentemente contraditórios entre si. Assim, a lei processual penal deve ser relida não apenas sob a exigência da reserva de lei, mas de reserva de lei proporcional, que compatibilize esses vetores antagônicos proporcionando a máxima eficiência da meta complexa do processo. Especialmente nos procedimentos probatórios, a leitura proporcional imporá uma análise da adequação das restrições probatórias aos fins que se propõem, a efetiva necessidade da restrição diante de outras formas de controle menos restritivas e a proporcionalidade entre a restrição probatória e os demais interesses em colisão no processo penal, dentre os quais a eficiência²¹⁶. Não se defende que a eficiência seja o critério definitivo (como não há princípios absolutos), pois o total abandono das garantias individuais desenvolvidas pelo Estado liberal leva a um desmesurado recrudescimento do processo, mas acentua-se que a eficiência é um princípio que não pode simplesmente ser negligenciado pois também possui assento constitucional. Como lembra Gonzalez-Cuellar Serrano, a obediência às formalidades processuais possui uma especial importância para a ponderação no processo penal como instrumento de proteção do princípio *favor libertatis*²¹⁷. Mas, ainda assim, não deve ser tida como absoluta.

É importante, portanto, realizar uma distinção entre justiça procedimental e justiça substancial²¹⁸. A primeira está ligada à correção do procedimento de que se utiliza para chegar ao resultado, e a segunda está ligada à própria justiça do resultado. Tais conceitos não estão totalmente dissociados, pois a justiça do procedimento é uma forma de predisposição para a correção da justiça do resultado. Assim, *e.g.*, o princípio do contraditório é não apenas uma garantia de participação do acusado, mas de uma predisposição à formação mais correta da verdade através de uma atividade dialética.

A garantia fundamental de término da persecução penal em prazo razoável, prevista no art. 5º, LXXVIII, da CF/88, é uma expressão dessa exigência constitucional de

²¹⁵ FIGUEIREDO DIAS. *Direito processual penal*, *op. cit.*, p. 41.

²¹⁶ Realizando uma ampla análise das aplicações da proporcionalidade nas diversas medidas restritivas de direitos no processo penal, v. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO. *Op. cit.*, *passim*, especialmente p. 243-282.

²¹⁷ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO. *Op. cit.*, p. 230.

²¹⁸ Esta distinção entre justiça procedimental e substantiva é realizada por Rawls, *apud* QUEIROZ. *Op. cit.*, p. 142.

efetividade do processo que deve se instrumentalizar mediante um processo sem dilações indevidas, mas também não tão célere que atropela as garantias fundamentais do acusado. Um processo razoável (proporcional) demanda uma realização em prazo razoável. Essa garantia é tanto da sociedade quanto do próprio acusado.

Segundo Heinz Zipf, a ausência de uma tutela penal efetiva favorece a tendência de fortalecimento de instâncias extra-estatais de penalização (como, *e.g.*, grupos de extermínio), a quebra de confiança na tutela jurídica eficaz, e o fomento das tendências de autodefesa²¹⁹. Especialmente diante da criminalidade pós-moderna, o Estado necessita de um refinamento do instrumental persecutório, a ser equilibrado pela proteção das garantias tradicionais e da eficiência diante das novas demandas, sob pena de não fazer frente ao imperativo de proteção da dignidade do homem no século XXI. Essa perspectiva também impõe uma rediscussão de critérios político-criminais de incentivo à formação da verdade, com o respeito às garantias mínimas de eticidade do processo²²⁰.

Desse quadro de tensões sensíveis, ínsito ao processo penal, emana o problema da inadmissibilidade das provas ilícitas como expressão de uma colisão entre a proteção dos direitos fundamentais contra a arbitrariedade da persecução penal, mas também do perigo de uma ineficiência que a hipertrofia da garantia pode proporcionar.

Neste trabalho, defender-se-á a possibilidade de utilização da instrumentalidade eficiente (princípio da proteção penal eficiente) relativa à concretização da função social da pena (adequada, necessária e proporcional) como fator de ponderação de interesses na apreciação da prova, que se justifica na proibição de insuficiência na tutela penal e se realiza mediante um

²¹⁹ ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. [s.l.]: EDERSA, 1979, p. 130.

²²⁰ Neste ponto entram as discussões que estão na pauta atual do processo penal sobre a viabilidade e eticidade de medidas como a delação premiada, o agente infiltrado, a testemunha "sem face", e inversão do ônus da prova em medidas cautelares de seqüestro de bens em crimes de lavagem de dinheiro, a informalidade da justiça negociada, o menor rigor das garantias tradicionais aos crimes econômicos e financeiros e a possibilidade de invasão da privacidade de terceiros não ligados diretamente ao ilícito. Para uma visão crítica destes problemas do direito penal e processual penal na sociedade moderna de risco, v. HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo: RT, ano 2, n. 8, p. 41-51, out.-dez. 1994. Com críticas semelhantes, v. BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações do direito penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo: RT, ano 6, n. 23, p. 97-109, jul.-set. 1998. Defendendo maior efetividade processual no controle dos crimes econômicos, v. COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo: RT, ano 9, n. 34, p. 9-25, abr.-jun. 2001. V. *infra*, subseção 4.3.9, nossa posição sobre a delação premiada e agente infiltrado.

teleologismo racional no sistema probatório. No próximo capítulo será realizada uma análise dos contornos do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e sua relação com o sistema de direitos fundamentais.

2 PROVAS ILÍCITAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Considerações iniciais

O presente capítulo realizará uma transição entre o sistema de proteção aos direitos fundamentais delineado pela Constituição de 1988 e a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas.

Para tanto, analisará o processo de formação da verdade no processo e sua interação com a prova, concluindo que não há uma verdade absoluta no processo, mas uma verdade que se legitima pela observância ao procedimento — um procedimento proporcional, que compatibiliza os interesses contrapostos no processo penal.

Após, diante do valor da verdade para a justiça no processo, exporá o direito à prova como um direito fundamental, derivado do direito de ação e de defesa. Especialmente no processo penal, afirmará a existência de um direito à prova da acusação, decorrente do dever de proteção penal.

Em seguida, analisará os sistemas de tratamento das provas ilícitas, as justificativas para as limitações probatórias, os conceitos doutrinários de prova ilícita e ilegítima, as repercussões teóricas dessas classificações, ilustrará o problema das provas ilícitas com breves exemplos e introduzirá o problema da ilicitude por derivação. Esta seção será sucinta, pois tais temas serão recorrentemente abordados durante os capítulos 3 (nas referências aos sistemas jurídicos estrangeiros) e 4 (nas propostas de solução ao sistema pátrio).

Também será defendido que a inadmissibilidade das provas ilícitas não é uma regra, mas um princípio constitucional, e que, portanto, está aberta à ponderação de interesses com os demais princípios conflitantes. Os critérios para essa ponderação serão delineados mediante o estudo da teleologia da garantia, dividida em critérios de proteção ao sistema de

direitos fundamentais (efeito dissuasório) e integridade do julgamento (*fair trial*), devidamente articulados.

Para encerrar o capítulo, analisar-se-á a interação dos princípios em conflito na licitude probatória, abordando as críticas recíprocas entre uma visão extremada da garantia da inadmissibilidade e da funcionalidade do processo nesse tema.

2.2 Verdade processual e prova

2.2.1 Concepções da verdade

Segundo Marilena Chauí, é a exigência do verdadeiro que dá sentido à existência humana²²¹. Toda atividade filosófica do ser humano está ligada ao valor da verdade, enquanto motor do constante do desenvolvimento da humanidade. A verdade é pré-requisito essencial para a liberdade do homem, conforme a célebre frase de Jesus: "conhecereis a verdade, e a verdade vos libertará"²²².

A prova possui ligação íntima com essa constante atividade do ser humano de busca da verdade. Conforme o dicionário Aurélio, prova significa "aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente"²²³. Assim, provar significa estabelecer a verdade sobre algo, induzindo no espírito do juiz a certeza da correspondência entre a idéia e a verdade. No estudo dos problemas da prova, não se pode deixar de analisar sua relação com a verdade.

Apesar da multiplicidade das possíveis definições filosóficas da verdade²²⁴, é possível salientar quatro correntes de conceituação da verdade. Para o racionalismo moderno, a verdade é a correspondência entre a idéia e a essência da coisa conhecida; para o idealismo, a verdade é conhecimento das essências universais constituídas *a priori* pela consciência reflexiva (portanto, um fenômeno interno ao sujeito do conhecimento); para a filosofia analítica, a verdade

²²¹ CHAÚÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003, p. 103.

²²² BÍBLIA SAGRADA. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995. João 8:32.

²²³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, verbete "prova".

²²⁴ Ver: CHAÚÍ. *Op. cit.*, p. 95-103. BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 13-18. BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001, p.15-34.

é a coerência interna de uma linguagem que apresenta axiomas, postulados e regras para os seus enunciados e argumentos; e para a teoria pragmática, a verdade não é apenas uma explicação de alguma coisa ou fato, mas sobretudo um conhecimento que permite obter conseqüências práticas e aplicáveis, de forma que a marca do verdadeiro é a verificabilidade dos resultados e a eficácia de sua aplicação.

Finalmente, ao lado dessas perspectivas filosóficas da verdade, acrescenta-se a perspectiva sociológica de Foucault da verdade como sendo não um reconhecimento objetivo da realidade, mas uma forma de poder que gera um conhecimento, o qual é sempre uma certa relação estratégica em que o homem se encontra situado. Em Foucault, não é a verdade que cria o poder, mas o poder que cria a verdade, pois as estruturas políticas são elas próprias constitutivas do sujeito de conhecimento. Afirmo Foucault que "[...] as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento, mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade"²²⁵. Sobre a verdade produzida no processo, Foucault esclarece que o inquirido é uma forma de saber-poder, que seleciona politicamente as coisas que vão ser consideradas como verdadeiras²²⁶.

Essa busca da verdade também alcança o Direito, já que esse pressupõe a existência de um fato litigioso para sobre esse ser aplicado, e o fato é sempre uma reconstrução histórica de acontecimentos revelados ao juízo mediante as provas dos autos. Sendo a justiça o escopo primeiro do Direito e do processo, a verdade afigura-se como valor inerente à justiça, instrumentalizado mediante o direito à prova. Assim, ao lado das concepções filosóficas e sociológicas de verdade é possível reconhecer uma espécie de verdade jurídica: a verdade processual. Esta reconstrução processual da verdade é realizada através da prova.

2.2.2 Verdade material e formal

Na busca da verdade no processo, dois "princípios de verdade" nortearam a doutrina mais tradicional: a verdade formal e a verdade material. Segundo essa clássica distinção, o princípio da verdade material (real ou substancial) corresponde à regra de que o objetivo principal do processo é a descoberta da verdade, assim entendida como a reprodução plena de um

²²⁵ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Nau, 2003, p. 27.

²²⁶ *Ibidem*, p. 78.

fato através das provas. Como consequência, o juiz teria mais poderes de iniciativa probatória, destinados à investigação da verdade e realização do interesse público exigido pela justiça penal. Segundo Barros, "durante muitas décadas prevaleceu o entendimento de que o ideal de justiça seria alcançado quando a sentença estivesse alicerçada na 'verdade material', considerada a própria alma do processo penal"²²⁷.

De acordo com o princípio da verdade formal, seria permitido ao juiz ser mais condescendente na apuração dos fatos, sem que lhe fosse exigida postura mais ativa na iniciativa da produção da prova. Assim, seria permitido ao juiz conformar-se com a cognição dos fatos revelados pela iniciativa probatória das partes, como forma de abreviar a solução do litígio, sem que se critique a conformação com a mera verdade projetada pelas partes no processo.

Tradicionalmente, essa visão dicotômica da verdade tem sido associada à natureza dos interesses envolvidos: os interesses disponíveis, normalmente na seara cível, seriam regidos pela verdade formal; e os interesses indisponíveis, dentre os quais os tutelados pelo processo penal, seriam regidos pela verdade material. Todavia, essa concepção já é tida como superada, seja pela existência de inúmeros dispositivos na legislação processual civil que determinam a busca da verdade material²²⁸, como a permissão, em determinadas situações no processo penal de conformação com uma verdade meramente processual²²⁹.

Independentemente da discussão da prevalência de um dos sistemas de perquirição da verdade no processo penal, a questão realmente relevante é saber se é possível, caso assim se queira, revelar plenamente a verdade por intermédio do processo. Ferrajoli responde negativamente a essa indagação²³⁰.

²²⁷ BARROS, M. A. *Op. cit.*, p. 30.

²²⁸ Para exemplos de dispositivos autorizando a iniciativa probatória do juiz no processo civil, v. arts. 130, 342, 355 e 440, todos do Código de Processo Civil e art. 5º, § 7º, da Lei de Alimentos - Lei 5.478/68. V. BARROS, M. A. *Op. cit.*, p. 32-35.

²²⁹ Por exemplo, a introdução da possibilidade de autocomposição mediante acordo civil ou transação penal para as infrações penais de menor potencial ofensivo, perante o Juizado Especial Criminal (Lei n. 9.099/95, art. 72 e 76), criando um novo conceito de verdade consensual; a admissibilidade de perdão do ofendido e da perempção nas ações penais privadas (CPP, art. 51 a 60); a inadmissibilidade de revisão criminal *pro societate*, mesmo diante de novas provas da culpabilidade (CPP, art. 621). V. BARROS, M. A. *Op. cit.*, p.

²³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paulo Zomer *et al.* São Paulo: RT, 2002, p. 38-57.

Segundo Ferrajoli, a decisão judicial é um saber-poder, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*). Para o mestre italiano, no campo do conhecimento revelado no processo existe uma impossibilidade prática de atingir-se a verdade material. Afirma Ferrajoli que a verdade no processo pode ser decomposta em dois conceitos: verdade fática e verdade jurídica. Enquanto a primeira é uma questão de fato, resolúvel pela via indutiva pelas provas do processo, a segunda é uma questão de direito, resolúvel pela via dedutiva através da interpretação do direito aplicável ao caso concreto. A verdade processual é, segundo Ferrajoli, uma verdade meramente aproximativa, e o ideal de plena correspondência é apenas um princípio regulador, um modelo limite. Por outro lado, a verdade jurídica é opinativa, haja vista a existência de brechas interpretativas nos enunciados muitas vezes vagos da lei.

A verdade fática, para Ferrajoli, é uma modalidade de verdade histórica²³¹. Com o recurso às reflexões epistemológicas da filosofia analítica, Ferrajoli afirma que a verdade fática, não podendo ser diretamente experimentada, deve ser reconstruída indiretamente mediante fontes de prova (testemunhos, perícias, documentos etc.). A verdade histórica (fática) surge como resultado de uma ilação dos fatos "comprovados" do passado com os fatos "probatórios" do presente, como uma inferência indutiva de probabilidade. Assim, "sua verdade não está *demonstrada* como sendo logicamente deduzida das premissas, mas somente *comprovada* como logicamente provável ou razoavelmente plausível de acordo com um ou vários princípios de indução"²³². Conclui que a atividade do juiz, na reconstrução probatória dos fatos, "é eliminar o dilema em favor da hipótese mais simples, dotada de maior capacidade explicativa e, sobretudo, compatível com o maior número de provas e conhecimentos adquiridos com anterioridade"²³³.

Essa percepção dos limites da verdade no processo não passou despercebida aos clássicos. Para Mittermaier, a certeza judicial é dada "quando todas as hipóteses razoáveis tiverem sido figuradas e rejeitadas após maduro exame"²³⁴, concluindo que jamais há verdade absoluta na pesquisa da verdade histórica. Também alertava Malatesta que a certeza é uma crença

²³¹ FERRAJOLI. *Op. cit.*, p. 43. No mesmo sentido: MITTERMAIER. *Op. cit.*, p. 80. MALATESTA, Nicola Framariano dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Waleska Giroto Silverberg. [s.l.]: Conan, 1995, p. 21

²³² FERRAJOLI. *Op. cit.*, p. 44, grifo do autor.

²³³ *Ibidem*, p. 45.

²³⁴ MITTERMAIER. *Op. cit.*, p. 88.

na percepção da verdade e, como estado subjetivo da alma, pode não corresponder à verdade objetiva²³⁵.

Além dessas limitações próprias da pesquisa histórica dos fatos, acrescenta Ferrajoli que há mais quatro limitações intrínsecas da verdade processual²³⁶. A subjetividade ínsita do julgador, condicionado por suas circunstâncias ambientais; a impossibilidade de autocorreção da pesquisa histórica no processo, pela ausência da refutação e críticas de outros historiadores e cientistas, ante o fato de o juiz ser um "investigador exclusivo"; a deformidade profissional do juiz, que passa a enxergar os fatos por meio de um prisma jurídico que equivale a um sistema de esquemas interpretativos do tipo seletivo, que recorta os fatos tidos como penalmente relevantes e ignora todos os demais²³⁷; e a subjetividade das fontes de prova que são produzidas especificamente para a investivação dos fatos e não antes e independentemente destes, como ocorre na investigação histórica²³⁸.

Finalmente, como mais uma limitação metodológica da verdade processual, existem as restrições procedimentais de produção de prova, tais quais a preclusão, nulidades por vícios formais, os privilégios de não testemunhar e a própria inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Tais limitações de provas, junto com as presunções legais e o princípio do *in dubio pro reo* acarretam limites metodológicos à plena descoberta da verdade no processo penal.

Registre-se que Ferrajoli critica o excesso de formalismo que atrasa inutilmente a investigação judicial, afastando-a da consecução da verdade. Afirma o mestre italiano que:

Ao mundo das normas substantivas, que necessariamente circunscreve a esfera da relevância penal, se acrescenta assim um mundo de procedimentos, de ritos e liturgias, que nem sempre necessariamente, e às vezes insensatamente, condiciona e desvia a busca da verdade processual. Daí resulta, entre outras coisas, uma ulterior deformação profissional da subjetividade do juiz e dos demais homens de leis que se movem no processo, quer dizer, essa específica cerração do 'espírito forense, espírito de litígio, enredo e cabala', que ainda hoje os torna mestres em complicar o que é simples e em simplificar o que é

²³⁵ MALATESTA. *Op. cit.*, p. 21.

²³⁶ FERRAJOLI. *Op. cit.*, p. 46-49.

²³⁷ Para uma breve crítica da cegueira do Direito Penal em relação a todos os demais valores sociais, morais, econômicos, políticos e culturais, v. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro; LOPES, Vera Maria de Nusdeo. Dançando no escuro com o sistema penal. *Boletim IBCCrim*, n. 98, p. 9, jan. 2001.

²³⁸ A estas limitações, acrescenta Magalhães Gomes Filho que o juiz não possui liberdade de investigação, mas está vinculado ao objeto das postulações das partes, que está obrigado a chegar a um resultado, e que possui as limitações de métodos de prova: MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, *op. cit.*, p. 43-6.

complexo, de modo a fazer com que Bentham definisse a jurisprudência como 'a arte de ignorar metodicamente o que é conhecido do mundo inteiro'.²³⁹

Conclui Ferrajoli que tanto a busca necessária de certeza absoluta para uma condenação quanto a abertura do processo a modelos subjetivamente decisionistas são extremos inaceitáveis, de forma que o mestre italiano supera os dogmas da verdade material e formal mediante a busca de uma verdade processual. A procura dessa verdade é uma meta para o processo, já que a verdade é a condição de legitimidade das decisões penais, mas a própria legitimidade dessa verdade processual aproximativa é dada pelas garantias processuais de verdade. Essas garantias de legitimidade a que alude Ferrajoli são, em primeiro nível, o ônus da prova da acusação, a possibilidade de refutação penal pela defesa, a convicção motivada pelo juiz e, em nível secundário, a publicidade e oralidade da prova e a legalidade dos procedimentos²⁴⁰. Assim, a verdade processual não é uma verdade extorquida inquisitoriamente, mas uma verdade obtida por intermédio de provas e contraprovas, na qual a convicção do juiz é externada de forma racional mediante a decisão fundamentada. O processo deve estar direcionado à busca da verdade, mediante um sistema dialético que permita fazer emergir todos os aspectos do fato investigado²⁴¹.

Em sentido semelhante, afirma Carnelutti que o processo possui não apenas uma verdade relativa, mas também:

[...] uma verdade formal, a qual conduz a uma investigação realizada na forma de uma verdade jurídica, enquanto pesquisada não apenas mediante leis lógicas, mas também mediante leis jurídicas e que apenas pelo efeito dessa legalidade jurídica se substitui à verdade material²⁴².

Apesar destas considerações, não se pode simplesmente afastar o objetivo de aproximar o resultado do processo da maior aproximação possível com a realidade. Analisando as diversas posições filosóficas sobre a verdade e suas conseqüências para o processo, Taruffo

²³⁹ *Ibidem*, p. 51.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 484.

²⁴¹ Para uma análise da posição da Ferrajoli sobre a verdade processual, v. DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 101-121.

²⁴² CARNELUTTI. *Prova civile*. Apud LUCA, Giuseppe de. La cultura della prova e il nuovo processo penale. In: _____, *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 190, tradução nossa. Segundo Hassemer, a ética e a justificação da fase de produção é a "verdade" do caso e a "justiça" da sentença; HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 213. No mesmo sentido, de uma verdade processual legitimada pelas garantias: MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, *op. cit.*, p. 53-7.

afirma que o procedimento probatório não é mero subterfúgio para dar aparência de legalidade a um procedimento de imposição arbitrária de um resultado que sempre favorecerá o mais forte (teoria ideológica da verdade), nem apenas um recurso retórico de persuasão em favor de um discurso processual dissociado da verdade (teoria semiótico-narrativa), ainda que, em determinados momentos, se reconheçam estes efeitos. Muito mais, deve-se pressupor que a decisão judicial pode e deve se basear em uma reconstrução o mais verdadeira possível dos fatos da causa, e o meio para este fim é a prova: "tudo isto não tem sentido se não se reconhece que a função própria e exclusiva da prova é a de oferecer elementos para a eleição racional da versão dos fatos que se pode definir como verdadeira"²⁴³.

Dessas breves considerações, conclui-se que o dilema entre verdade material e verdade processual é exclusivamente aparente. Não existe uma verdade material plena no processo. Ela é sempre uma meta, um horizonte axiológico, sabendo-se que lá jamais se irá chegar em todos os casos, mas que a verdade no processo (a verossimilhança fática²⁴⁴, ou probabilidade lógica da hipótese a partir dos elementos processuais de confirmação²⁴⁵) se legitima mediante a observância de garantias processuais de validade²⁴⁶. Como já afirmava Aristóteles, "nunca se alcança a verdade do todo, nem nunca se está totalmente alheio a ela"²⁴⁷. Existe, portanto, um princípio de busca da verdade, a verdade atingível dentro das limitações intrínsecas do processo, mas preordenada a uma aproximação limite com a verdade material. Uma verdade que se legitima pela observância ao procedimento, mas que este também deve estar orientado a uma visão de proporcionalidade intrínseca ao devido processo penal.

Contudo, existem no processo penal situações em que a busca da verdade real é substituída por uma verdade consensual, estabelecida pela admissão do acordo entre as partes. No

²⁴³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madri: Trotta, 2005, p. 86, tradução nossa. Para uma síntese das idéias de Taruffo neste ponto, v. *ibidem*, p. 80-87.

²⁴⁴ Expressão de Alice Bianchini, para a qual o processo "traz uma presunção de certeza, porém, não oferece certeza": BIANCHINI, Alice. Verdade real e verossimilhança fática. *Boletim IBCCrim*, n. 67, jun. 1998, p. 10-11. Segundo Magalhães Gomes Filho, os possíveis sucedâneos da verdade processual são a verossimilhança, a probabilidade quantitativa, e a probabilidade lógica, indicando este uma preferência pelo critério da probabilidade lógica indutiva: "[...] a idéia de probabilidade lógica parece ser mais adequada, pois restringe os limites da dúvida à dimensão humana, ao mesmo tempo em que ressalta a necessidade de obtenção do maior número de dados possíveis para a inferência probatória. E sublinha a importância do método a ser seguido na pesquisa"; v. MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, *op. cit.*, p. 53.

²⁴⁵ Expressão utilizada por Taruffo. Ver TARUFFO. *Op. cit.*, p. 237-240.

²⁴⁶ Segundo Jardim, o princípio da verdade real deve ser substituído pelo "princípio da busca do convencimento ou convicção do juiz"; v. JARDIM, Afrânio Silva. Prefácio. In: BAPTISTA. *Op. cit.*

²⁴⁷ ARISTÓTELES. *Metafísica*, 993^a, In: *Obras*. Madri: Aguilar, 1973, *apud* BAPTISTA. *Op. cit.*, p. 30.

Brasil, a autocomposição penal foi legalmente introduzida com o advento da Lei n. 9.099/95²⁴⁸, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, permitindo que, para os delitos de sua competência, o acordo civil com a vítima, nos crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação, e a transação penal venha extinguir a punibilidade. Ainda assim, essa verdade consensual não deve estar totalmente dissociada de um cotejo mínimo com a verdade processual, já que apenas será admissível transação penal quando não for o caso de arquivamento do termo circunstanciado (art. 76, *caput*, da Lei n. 9.099/95), ou seja, ainda se exige uma verdade processual específica da fase de recebimento da inicial acusatória (um juízo mínimo de probabilidade). E, nesses casos, o eventual sacrifício da verdade material é realizado em atenção a outros valores de igual dignidade, como a eficiência do sistema de justiça criminal mediante respostas alternativas mais céleres e a possibilidade de evitar a estigmatização do réu decorrente do processo.

As distinções relativas à predominância de um princípio de verdade material ou formal estavam ligadas mais ao poder de iniciativa do juiz na determinação de produção das provas, que, diante do sistema acusatório estabelecido pela Constituição Federal de 1988, deve ser sempre supletivo para não comprometer a imparcialidade do juiz, mas não impede sua atuação excepcional na busca da finalidade do processo²⁴⁹. De qualquer sorte, sua imparcialidade não significa passividade absoluta, que deve ser mitigada em respeito à estatura constitucional do valor da verdade.

²⁴⁸ O art. 61 da Lei n. 9.099/95 estabelecia a competência dos Juizados Especiais Criminais — JEC para julgar os crimes com pena máxima não superior a um ano, excetuados os sujeitos a procedimento especial. Posteriormente veio a lume a Lei n. 10.259/01, que criou os JEC na Justiça Federal e em seu art. 2º, parágrafo único, estabeleceu a competência para julgar os crimes com pena não superior a dois anos, sem excepcionar os sujeitos a procedimento especial. Esta definição de competência da Justiça Federal foi posteriormente estendida à Justiça Estadual. V. BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. EDRHC 12.033/MS, rel. Min. Félix Fischer, DJU 10 mar. 2003, p. 243.

²⁴⁹ Segundo Tucci, a ação penal é formalmente acusatória pela necessidade de estabelecimento contraditório da verdade, mas é dotada de inquisitividade em sua essência; v. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 30. Idem. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 38. Já Figueiredo Dias, defende a existência de um *sistema acusatório com princípio de investigação*, afirmando ser um equívoco denominar inquisitivo este princípio de atuação, sendo mais adequado denominá-lo princípio da investigação, ou instrutório; v. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. 1. ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Ed., 1984, v. I, p. 71-72. Sobre a possibilidade de iniciativa probatória pelo juiz, mesmo no sistema acusatório, v. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 195-199. BARROS, M. A. *Op. cit.*, p. 135-140. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 40. Também nesse sentido, o Código de Processo Penal italiano de 1988 optou por um sistema acusatório puro, mas ainda assim permitiu, em seu art. 507, que o juiz tenha uma iniciativa supletiva na determinação de produção da prova; v. ILLUMINATI, Giulio. Giudizio. In: CONSO; GREVI (org.). *Compendio di procedura penale*. Padova: CEDAM, 2000, p. 668-670.

Outras situações de abertura do processo à formação da verdade, que expressa a existência de um princípio de busca da verdade (a processualmente atingível), também podem ser reconhecidas na criação de institutos como a delação premiada, nos programas de proteção a testemunhas ou mesmo na criminalização de condutas dos funcionários e colaboradores da justiça que prejudiquem a formação da verdade, como a falsa perícia ou o falso testemunho.

2.2.3 Verdade no processo e justiça

A inexistência de uma verdade material absoluta no processo, portanto, não diminui o valor constitucional da verdade para o processo (a usualmente denominada verdade processual), como valor inerente ao conceito de justiça. A justiça é um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, conforme o art. 3º, I, da CF/88. Sendo o processo um instrumento de pacificação social, esse escopo não pode ser atingido fora da exigência de uma reconstrução verdadeira dos fatos²⁵⁰, Estando o processo direcionado à realização da justiça e sendo a pacificação social uma percepção coletiva dos resultados como sendo justos, e, portanto, uma aplicação adequada do direito aos fatos submetidos à jurisdição, deve o processo penal estar direcionado à apuração da verdade processualmente possível. Conforme lembra Hassemer, "o processo penal não pode desviar-se do esquema cultural da sociedade em que ele vigora"²⁵¹, e a racionalidade ocidental deriva de uma cultura empírica. Quanto mais próxima essa verdade do processo estiver da realidade, mais legítima terá sido a aplicação do direito. Um modelo cognitivo de justiça é uma garantia não só do acusado, mas da própria legitimidade da jurisdição.

Há, pois, uma íntima ligação entre a justiça e a aceitação social dos resultados do processo. Já ressaltava Malatesta que a justificação da certeza judicial necessária à condenação é aferida pela *sociabilidade do convencimento*, que significa que o convencimento do juiz deve encontrar apoio na consciência social, de forma que os fatos submetidos à sua decisão,

²⁵⁰ Para Magalhães Gomes Filho, a busca da verdade processual traduz um valor que legitima a atividade jurisdicional penal: MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, *op. cit.*, p. 54. No mesmo sentido: BADARÓ. *Op. cit.*, p. 24-5. BARROS, M. A. *Op. cit.*, p. 137. Para Figueiredo Dias, o fim do processo penal é a realização da justiça, sendo a descoberta da verdade seu pressuposto necessário; arremata, contudo, que também a segurança é fim do processo, pois está inserida no próprio conceito de justiça, propondo que a solução deste embate entre justiça e segurança se faça pela "ponderação dos valores conflituantes" no processo penal; v. FIGUEIREDO DIAS. *Op. cit.*, p. 43 e 45.

²⁵¹ HASSEMER. *Op. cit.*, p. 214-215. Para uma interessante visão da necessidade de aproximação da verdade do processo à verdade material, mas limitada por padrões éticos de respeito aos direitos humanos, v. *ibidem*, p. 205-215.

se submetida ao juízo desinteressado de qualquer outro cidadão razoável, produziriam também os mesmos resultados²⁵². Segundo Luca, a liturgia processual dos atos de produção da prova representam a transposição simbólica de exigências éticas e de princípios abstratos sedimentados na consciência coletiva, como a paridade de armas, o respeito às regras de justa conduta no diálogo e a censura sobre a mentira²⁵³. Toda esta liturgia expressa o que Hassemer denominou de "modelo de compreensão cênica do processo penal", com o qual se garante e ordena a produção do caso de forma a ser assimilado como verdadeiro e justo pela cultura e pelo esquema de racionalidade da respectiva sociedade²⁵⁴.

Não se pode descurar do caráter social do direito à prova, como instituição destinada à obtenção do consenso do grupo social sobre a justiça da decisão, um verdadeiro mecanismo de legitimação da decisão²⁵⁵. Sem a busca da verdade, o processo pode se transformar em mero ato de arbítrio ou de sorte, transformando-se a própria atividade judiciária em um fator de desagregação social. Segundo Magalhães Gomes Filho, a prova possui "um elemento vivificador através do qual a atividade processual assimila valores e símbolos vigentes na sociedade, propiciando, em contrapartida, a adesão do grupo ao pronunciamento resultante"²⁵⁶.

2.2.4 Conceito de prova

Segundo Florian, "provar significa fornecer ao processo o conhecimento de qualquer fato, de maneira que se adquira para si ou se engendre em outros a convicção da existência ou verdade desse fato"²⁵⁷. Para Mittermaier, prova é a soma dos motivos geradores de certeza dos fatos na consciência do juiz²⁵⁸. Enquanto a verdade é um dado objetivo da realidade, a certeza é um estado subjetivo de estar-se de posse da verdade, que nem sempre corresponde efetivamente à realidade.

²⁵² MALATESTA. *Op. cit.*, p. 54-55.

²⁵³ LUCA. *Op. cit.*, p. 192.

²⁵⁴ HASSEMER. *Op. cit.*, p. 205.

²⁵⁵ Para Magalhães Gomes Filho, "a prova visa obter o consenso do grupo social em nome do qual será pronunciada a decisão": MAGALHÃES GOMES FILHO. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre (org.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 249-250.

²⁵⁶ MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, *op. cit.*, p. 13. No mesmo sentido, ressaltando o grande valor da prova para a justiça e, portanto, para a efetividade da função social do processo, v. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 293-7.

²⁵⁷ FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Trad. Jorge Guerrero. 3. ed. Bogotá: Temis, 1982, t. I, p. 44.

²⁵⁸ MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2004, p. 74.

A verdade processual é revelada pela prova. Segundo Magalhães Gomes Filho, o termo *prova* pode ser utilizado em três significações²⁵⁹. Numa primeira, é o conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão. Noutra perspectiva, a prova é o instrumento pelo qual as informações são trazidas ao processo (meio de prova). E, finalmente, a prova também pode ser considerada como o resultado dessa atividade (a certeza da convicção do juiz).

As provas classificam-se em três espécies: testemunhais, periciais e documentais. Incluem-se no conceito de prova documental em sentido amplo (prova real) não apenas os papéis e instrumentos, mas as fotografias, gravações de áudio e vídeo, e os objetos em geral. Em regra, os testemunhos e as perícias são produzidas no processo e os documentos são obtidos anteriormente ao processo e posteriormente a parte requer sua juntada aos autos (produção).

Segundo Magalhães Gomes Filho, o direito à prova se desdobra nos direitos à proposição, admissão, produção e valoração da prova²⁶⁰. Em relação às provas documentais, a parte obtém o documento fora dos autos, requer sua juntada aos autos (proposição) e o juiz decide sobre a juntada (admissibilidade e produção). Portanto, para as provas documentais, o juízo positivo de admissibilidade da prova já acarreta sua produção nos autos. Normalmente, os documentos obtidos na fase do inquérito ingressam no processo (fase de produção processual da prova) no momento do oferecimento da denúncia. Na prática, há uma elipse da decisão de admissibilidade desta prova documental, presumindo-se que, quando o juiz recebe a denúncia e determina o início do processo com a citação, está implicitamente admitindo no processo como prova os documentos que constam das investigações preliminares que justificam a acusação. Portanto, o ideal seria que o magistrado, no momento da admissibilidade da inicial, já analisasse também a admissibilidade (licitude) de eventuais documentos que dão suporte probatório à acusação e que passam a ingressar no processo como prova documental.

Há entendimento doutrinário de que apenas são provas os atos processuais produzidos no processo, na presença do juiz natural, de sorte que os atos produzidos no inquérito não seriam atos de prova, mas elementos de informação preliminar (atos de investigação

²⁵⁹ MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 41-42.

²⁶⁰ MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, *op. cit.*, p. 88-89. Em sentido semelhante, SCARANCE FERNANDES. *Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 78-79.

preliminar), com exceção às provas cautelares e antecipadas²⁶¹. Com efeito, em termos estritamente técnicos, apenas é possível se falar em prova, como elemento de informação apto a formar a convicção do juiz, aquela que foi produzida no processo, pois, segundo antigo adágio, "o que não está nos autos, não está no mundo".

Não se deve confundir produção no processo com obtenção. É possível que uma prova, especialmente as de natureza documental, sejam obtidas unilateralmente pelas partes, ocorrendo sua produção com a autorização judicial para a juntada (admissibilidade). Segundo Taruffo, deve-se distinguir entre formação da prova e controle da prova. Aquele pode ser realizado em procedimento extraprocessual (que denomina de provas pré-constituídas, como um documento autenticado em cartório), já o controle será sempre processual, e versará sobre sua aceitabilidade e autenticidade²⁶². Para as chamadas "provas formadas fora do processo", Taruffo afirma que estas poderão ser utilizadas no processo, sendo o contraditório diferido, não ocorrendo na formação mas na utilização processual.

Ao lado desta conceituação mais técnica, há uma conceituação ampla e não-técnica do termo prova, que se refere a um elemento informação apto a gerar a convicção de um fato às pessoas. Em muitos momentos, o Código de Processo Penal e a própria Constituição não utilizam aquela primeira conceituação de prova em sentido processual. Vejamos.

No art. 6º, inciso III, do CPP, está disposto que é dever da autoridade policial, "colher todas as *provas* que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias" (grifo nosso). Aqui o termo prova é utilizado ainda na fase das investigações preliminares, quando tecnicamente ainda não há processo (provavelmente referindo-se às provas reais). Também o art. 11, *caput*, do CPP, estabelece que "os instrumentos do crime, bem como os objetos que interessarem à prova, acompanharão os autos do inquérito", dando a entender que tais objetos são prova (de natureza real). Da mesma forma o art. 18 do CPP estabelece que após o arquivamento do inquérito pelo juiz, ainda será possível à autoridade policial proceder a novas investigações "[...] se de outras provas tiver notícia", novamente utilizando o termo prova ainda na fase das investigações. No art. 165 do CPP, ao se disciplinar o exame cadavérico, o qual normalmente é

²⁶¹ Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA FERNANDES, Antonio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 145-7. LOPES JR. Aury. *Sistemas de investigação preliminar do processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 130-134.

²⁶² TARUFFO. *Op. cit.*, p. 378.

realizado na fase no inquérito policial, o Código estabelece que "para representar as lesões encontradas no cadáver, os peritos, quando possível, juntarão ao laudo do exame *provas fotográficas*, esquemas ou desenhos, devidamente rubricados", novamente indicando que as fotografias, ainda na fase do inquérito, são provas. Para as perícias de laboratório, idêntica disposição consta do art. 170 do CPP. O art. 240 do CPP esclarece que a busca e apreensão domiciliar, que normalmente é feita na fase das investigações, será realizada para "descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu". O art. 312 do CPP estabelece que é necessária "prova da existência do crime" para a decretação da prisão preventiva; nesta situação, caso houvesse o entendimento de que seria necessária prova em sentido processual, jamais seria admissível uma prisão preventiva na fase do inquérito, o que não ocorre na prática.

Também o art. 513 do CPP determina que:

Os crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, cujo processo e julgamento competirão aos juízes de direito, a queixa ou a denúncia será instruída com documentos ou justificação que façam presumir a existência do delito ou com declaração fundamentada da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

Tal dispositivo também indica que os documentos que instruem a denúncia possuem natureza de prova, apesar de terem sido obtidos unilateralmente por uma das partes fora da presença do juiz. Também há disposições semelhantes, utilizando a expressão prova para atos do inquérito ou que ainda não constam dos autos, nos art. 314; art. 323, inciso IV; art. 409, parágrafo único; art. 526; art. 525, § 1º; art. 621, inciso III; art. 622, parágrafo único; art. 630, § 2º, alínea *a*; todos do CPP.

Talvez se argumente que o Código é antigo e não-técnico. Todavia, o art. 187, § 2º, inciso IV, do CPP, com a redação determinada pela Lei n. 10.792/03, estabelece que quando da realização do interrogatório, deverá o juiz perguntar ao réu sobre "as provas já apuradas". Novamente, a disposição é controvertida, pois o interrogatório é o primeiro ato do processo após o recebimento da denúncia e a citação, ocorrendo antes da instrução processual no procedimento ordinário, dando a entender que no bojo do inquérito ou peças de informação que acompanharam a denúncia já há provas.

Também a própria Constituição não utiliza o termo prova em sentido processual. O inciso LVI, do art. 5º, da CF/88, que é o objeto de nosso estudo, estabelece que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". O dispositivo estabelece que existe uma prova, que esta foi obtida por meio ilícito, e que portanto não deve o juiz admitir tal prova no processo. A admissibilidade é o momento em que a prova ingressa no processo. Portanto, a Constituição afirma que existe uma prova antes de seu ingresso no processo: há uma prova fora do processo. Certamente esta conceituação não é a da prova processual (aquela sobre a qual o juiz pode formar sua convicção para decidir), mas a da prova em sentido genérico: um elemento de informação apto a formar a convicção sobre determinado fato.

Caso fosse levado o conceito de prova processual ao limite, esta interpretação levaria a concluir que a própria expressão "prova ilícita" seria uma contradição em seus termos: se é ilícita não poderia ser prova, pois para ser prova (ingressar no processo) deve ser lícita. Se em termos processuais é possível afirmar que a prova ilícita não é prova pois não existe para o processo, pois o juiz não pode admiti-la e não deve formar sua convicção com base em suas informações, também não se deve negligenciar que, numa perspectiva gnoseológica e processualmente não-técnica, a prova ilícita possa ser prova (no sentido leigo) de um fato para a percepção sensorial dos cidadãos, sendo possível que esta percepção forneça um conhecimento possivelmente verídico que eventualmente poderia contribuir para uma aproximação mais exata da reprodução da verdade no processo com a verdade dos fatos, apesar de, por ser obtida por meios ilícitos, como regra geral estabelecida pela Constituição, não possa ingressar no processo e, portanto, não possa ser utilizada pelo juiz para formação de sua convicção.

Deve-se compatibilizar todas estas disposições analisadas com a interpretação de que os elementos de informação obtidos no inquérito são prova apenas para uma fase processual específica: o recebimento da inicial. Superado este momento, apenas podem ser provas para a prolação de sentença as produzidas no processo, sob o pálio do contraditório e da ampla defesa, com exceção das provas documentais, que são formadas extraprocessualmente, e das provas cautelares. Todavia, é inegável reconhecer que o CPP e a própria Constituição utilizam a expressão prova para atos realizados antes do início do processo e, em grande medida, o código trata os documentos obtidos no inquérito como prova. Também a expressão prova ilícita

já está tão generalizada que é não se mostra adequado modificá-la, pelo que será utilizada neste trabalho, com as ressalvas acima expendidas²⁶³.

2.2.5 Direito à prova como direito fundamental

Assentado o pressuposto do princípio da busca da verdade, uma verdade processualmente limitada, mas teleologicamente dirigida a uma maior aproximação possível com a realidade dos fatos submetidos à apreciação judicial, decorre a consequência de que as partes envolvidas no litígio devem ter o direito de produzir as provas necessárias a influenciar a formação da convicção do juiz. Nessa atividade, o processo deve estar teleologicamente aberto a, obedecidas as regras do jogo, recepcionar todo material probatório verossímil que seja pertinente e relevante à elucidação do fato controvertido.

Essa argumentação não é apenas lógica, mas também constitucional. A Constituição estabeleceu um corpo de direitos considerados fundamentais para o regramento da vida em sociedade e estabeleceu disposições assecuratórias dessas declarações, denominadas de garantias (direitos instrumentais)²⁶⁴. A principal dessas garantias é o princípio da proteção judiciária²⁶⁵, expresso nas garantias do direito de ação (art. 5º, inciso XXXV), direito de defesa (inciso LV) e juiz natural (inciso LIII), todas essas interligadas pelo devido processo legal (inciso LIV).

O direito de acesso ao Poder Judiciário, expresso no direito de ação e de defesa, traz implícito em si o direito à prova como direito à prestação jurisdicional justa, adequada aos fatos objeto do litígio.

²⁶³ Em alguns momentos nesse trabalho, será utilizado o termo prova em sentido genérico (gnoseológico), para abranger tanto os elementos de convicção praticados no curso das investigações quanto no curso do processo. Tal expressão se justificará pois a proporcionalidade, como critério de avaliação da possibilidade de admissão da prova formalmente ilícita, necessita avaliar a probabilidade de o elemento de informação fornecer subsídios verídicos de convicção, já que o primeiro requisito da proporcionalidade é a adequação e esta pressupõe o exame da relação meio (prova) e fim (convicção). Portanto, o exame de proporcionalidade implica numa antecipação preliminar do juízo de valoração da prova já para sua admissibilidade.

²⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 411 *usque* 417.

²⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo : RT, 1973, p. 133.

O direito à prova (*right to evidence*, ou *rechtliches Gehör*²⁶⁶) deflui como garantia implícita no devido processo legal²⁶⁷, porquanto o juiz efetua a prestação jurisdicional sobre fatos, sendo ônus da parte comprovar os fatos que servem de base à sua pretensão²⁶⁸. Assim, sendo a prova o instrumento de formação da convicção do magistrado, inclui-se o direito à sua produção no direito de acesso ao Judiciário, constituindo, portanto, uma garantia fundamental tanto da defesa quanto da acusação²⁶⁹.

O direito à produção da prova pela defesa também vem expresso no Pacto de São José da Costa Rica, que em seu art. 8.2, alínea "f", assegura como garantia mínima o "direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos". Esse tratado foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto Legislativo n. 678/92²⁷⁰.

Além da defesa, não há dúvidas de que a acusação também possui um direito à produção da prova necessária à apuração dos fatos. Segundo Magalhães Gomes Filho, não há razão para negar esse direito aos titulares da ação penal, pois:

[...] se a Constituição (art. 129, I) ou a lei (art. 30 CPP) lhes confere a iniciativa da persecução, obviamente também está lhes atribuindo os poderes de participação em todas as atividades processuais, sobretudo aquelas destinadas à demonstração dos fatos em que se funda a acusação; outra coisa não se traduz dos princípios da igualdade e do contraditório.²⁷¹

²⁶⁶ Para uma visão comparada do reconhecimento do direito à prova em outros sistemas, v. MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, op. cit., p. 59-83. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 29-35.

²⁶⁷ SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 76-77.

²⁶⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: RT, 1996, p. 352. Também: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *AJURIS*, ano XXIII, n. 68, p. 19, nov. 1996.

²⁶⁹ Magalhães Gomes Filho qualifica o direito à prova como um "direito público ou cívico"; MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, op. cit., p. 85. Registre-se que Dinamarco prefere utilizar a expressão "poderes relacionados com a prova, em face dos quais lhe é lícito exigir a realização de atividades probatórias pelo juiz", que, em nosso juízo, não modificam a natureza do direito; v. DINAMARCO. *A instrumentalidade do processo*. Op. cit., p. 284-5, nota 3.

²⁷⁰ Sobre a força normativa do Pacto de São José da Costa Rica, advogando a tese de sua equiparação às normas constitucionais, por força do art. 5º, § 2º, da CF/88, v. CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. *O processo penal à luz do pacto de São José da Costa Rica*. 1. ed., 4ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2003, p. 31-60. No mesmo sentido: MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, op. cit., p. 82-83. Registre-se que o § 3º do art. 5º da CF/88, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/04, estabelece que "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

²⁷¹ MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, op. cit., p. 84. No mesmo sentido: TUCCI. *Direitos e garantias individuais...*, op. cit., p. 55.

Um argumento adicional deve ser introduzido. Estabelece o art. 5º, inciso LIX, da CF/88 que é assegurado o instituto da ação penal privada subsidiária da pública. Esse dispositivo, localizado sob o título dos direitos e garantias fundamentais revela a indisponibilidade e necessidade da ação penal pública. Há o reconhecimento da garantia fundamental da vítima de ter a tutela penal de seus direitos fundamentais, tanto que se, o titular da ação penal pública não a intentar no prazo legal, conceder-se-lhe-á uma legitimação superveniente para o ajuizamento da ação. O direito fundamental à tutela penal, que é de titularidade coletiva de toda a sociedade, concede ao indivíduo diretamente afetado pelo delito uma garantia, na forma de direito subjetivo de ajuizar a ação penal privada subsidiária da pública, e também revela o dever de proteção penal do Estado, como verso e anverso da mesma moeda²⁷². Como decorrência da garantia fundamental da tutela penal, há o direito do Ministério Público, como titular dos direitos da sociedade, a demonstrar os fatos contidos na denúncia e formar a convicção do juiz no sentido do acolhimento de sua pretensão. Portanto, também a acusação possui um direito à prova, que se qualifica como uma garantia fundamental²⁷³.

O direito à prova possui especial relevância para a acusação, já que o acusado goza da presunção de não culpabilidade, que apenas pode ser superada pela existência efetiva de provas de sua culpa. Havendo um dever de proteção penal, qualificado como direito fundamental, a produção da prova passa a ser para a acusação não apenas um direito, mas um dever.

Esse direito à prova não é apenas processual. Surge antes mesmo do início da ação, já que o órgão de acusação necessita de suporte probatório mínimo para que sua imputação seja recebida. Como consequência do direito à prova há um direito à investigação, de titularidade não apenas do acusador mas também da defesa.

²⁷² Sobre a garantia da tutela penal dos direitos fundamentais, v. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 22-44.

²⁷³ A afirmação de que a acusação teria um direito à prova, que se reveste de contornos de direito fundamental, poderia esbarrar no questionamento de saber se seria possível afirmar ser o próprio Estado titular de direitos fundamentais. Como leciona Canotilho, mesmo a doutrina adversa à titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas de direito público admite que estas gozam de alguns *direitos processuais fundamentais*, como o de acesso à tutela jurisdicional (direito de ação): CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 386. De qualquer sorte, caso se entenda que a ação penal não é um direito subjetivo público, mas um poder-dever do Estado (neste sentido: TUCCI. *Direitos e garantias individuais...*, *op. cit.*, p. 23-27), é inegável que este poder atribui direitos processuais e é uma expressão do dever fundamental de proteção penal, o que, da mesma forma, lhe confere *status* jufundamental e permite as conclusões constantes do texto, pois o exercício da ação penal pública é a concretização do direito subjetivo fundamental de proteção penal de titularidade difusa do conjunto de cidadãos.

Sendo uma garantia fundamental o direito à prova, sua limitação, e, portanto, a limitação à aproximação da verdade processual à verdade material, apenas deve ocorrer em situações excepcionais. Daí decorre o princípio da *liberdade dos meios de prova*, que implica a plena admissibilidade dos meios de prova idôneos a formar a convicção do juiz, ainda que não estejam expressamente previstos (provas "atípicas")²⁷⁴. Assim, no silêncio da lei, hão de ser admitidos os meios de prova aptos ao esclarecimento dos fatos; na hipótese de determinação legal de um procedimento para a produção da prova, sua inobservância acarretará uma nulidade, que estará sujeita ao exame do prejuízo para a declaração de sua invalidade²⁷⁵. As limitações à produção da prova são, portanto, negativas, de sorte que a regra é a admissibilidade, e a exceção será a sua restrição.

Especial relevância possui esse princípio da liberdade dos meios de prova para as provas documentais (em sentido amplo), tais quais as fotografias, filmagens, gravações, mensagens eletrônicas e outros artefatos científicos, já que sua obtenção, em algumas situações,

²⁷⁴ Tourinho Filho, reconhecendo um princípio de não-taxatividade dos meios de prova, afirma que "vigorando no processo penal o princípio da verdade real [*rectius*: busca da verdade], é lógico não deva haver qualquer limitação à prova, sob pena de ser desvirtuado aquele interesse do Estado na justa aplicação da lei", mas conclui que esta liberdade não é absoluta, mas limitada pelas vedações de "qualquer meio probatório que atente contra a moralidade ou violente o respeito à dignidade humana"; v. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 3, p. 221-2. No mesmo sentido Mirabete afirma que "A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei"; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 259. **Registre-se que Taruffo possui uma posição de admissibilidade das provas inominadas (provas atípicas), todavia sendo mais restritivo quanto às provas típicas produzidas em desconformidade com o procedimento legalmente estabelecido (provas *contra legem*). Afirma Taruffo que a impossibilidade de o rol legal ser exaustivo na enumeração das possíveis formas de provar os fatos é uma demonstração da impossibilidade de negação da admissibilidade apriorística das provas atípicas, concluindo que o catálogo legal de provas "se ocupa de alguns meios de prova que o legislador considerou oportuno regular mediante normas particulares, mas qualquer elemento 'extracatálogo' é utilizável se resulta útil para determinar um fato"; TARUFFO. *Op. cit.*, p. 409.**

²⁷⁵ Ferrajoli afirma que a observância ao rito de formação da prova é uma garantia processual de segundo grau, destinada ao controle das outras garantias primárias. Todavia, alerta para a necessidade de análise da natureza das formalidades, que deve ser efetivamente direcionada a um fim de garantia e não de mera burocracia. Diz o mestre italiano: "garantias contra o arbítrio, quando vinculam o juiz e as partes a regras e critérios epistemológicos destinados à obtenção de uma verdade processual mínima, mas o mais possível apoiada por provas e contraprovas; empecilhos danosos e ilusórios, quando têm o único efeito de complicar inutilmente os processos, sobrecarregando-os, tornando-os lentos e tornando difícil sua compreensão e seu controle pelo imputado e pela opinião pública"; FERRAJOLI. *Op. cit.*, p. 497. Em sentido semelhante, afirma Taruffo, em relação às provas típicas, que o método legal, apesar de relevante, não é totalmente vinculante ao processo pois "a regulação processual das modalidades de formação e controle das provas constitui uma parte muito importante do direito das provas, mas também esta não esgota todas as possibilidades relativas aos modos de formação de 'coisas' utilizáveis como provas no âmbito processual" (TARUFFO. *Op. cit.*, p. 383-384), concluindo que mesmo a produção com alguma discrepância do modelo legal pode ser utilizada, se relevante. Sobre a posição de Taruffo, cf. *ibidem.*, p. 378-387 (cap. V, subseção 2.2).

não está regulamentada pela 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 intimidade²⁷⁶.

Todavia, essa liberdade dos meios de prova, decorrente do princípio da livre convicção e da busca da verdade material, não implica anarquia nas operações cognitivas do juiz²⁷⁷, já que a verdade processual é legitimada pela observância dos procedimentos que asseguram às partes uma participação efetiva na produção da prova, e limitam as provas produzidas em desacordo com esses padrões. Assim, o Estado de Direito deve, ao mesmo tempo, procurar averiguar a verdade e, em situações de violações de seus parâmetros de conduta, limitar essa verdade para instituir um sistema de respeito aos direitos fundamentais.

2.3 Provas ilícitas: noções introdutórias

2.3.1 Sistemas de tratamento das provas ilícitas

Apesar das considerações anteriores sobre o valor da verdade para o processo como requisito necessário à legitimidade da decisão e à justiça do julgamento, a busca da verdade no processo não deve ser perseguida a todo e qualquer custo, como um valor absoluto. Segundo Roxin, "a averiguação da verdade não é um valor absoluto no processo penal; antes, o próprio processo penal está impregnado pelas hierarquias éticas e jurídicas de nosso Estado"²⁷⁸. Em verdade, a necessidade de limites à produção de provas não é uma construção recente, pois, segundo Tabosa Pinto, a inadmissibilidade de provas que violem a ética remonta à Roma antiga²⁷⁹. Não sendo os direitos fundamentais absolutos, mesmo o direito à prova poderá ser limitado quando houver a colisão com outros princípios constitucionais.

Figueiredo Dias, afirmando que a verdade judicial não é absoluta ou ontológica, mas processualmente válida, conclui que "sua obtenção à custa da dignidade do homem é

²⁷⁶ O art. 383 do CPC, aplicável por analogia ao processo penal, admite como provas documentais as reproduções fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie.

²⁷⁷ Expressão utilizada por Amodio, *apud* MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, *op. cit.*, p. 92.

²⁷⁸ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2000, p. 191.

²⁷⁹ TABOSA PINTO, Agérson. La prueba ilícita en el proceso romano. *Revista da OAB-CE*. Fortaleza, p. 13-25, set. 2000.

impensável"²⁸⁰. É necessário, pois, estabelecer as limitações à admissibilidade da prova com a função de proteger os interesses do indivíduo frente à persecução penal do Estado. Não se deseja que os agentes estatais encarregados da persecução penal, em nome da finalidade de esclarecer ilícitos, eles mesmos violem a lei e cometam ilícitos, substituindo a criminalidade privada pelo que Gössel denomina de "criminalidade de Estado"²⁸¹.

Existem dois sistemas tradicionais de lidar com o problema das provas ilícitas²⁸². Para uma linha doutrinária, devem ser admitidos todos os meios de prova aptos a formar a convicção do juiz, independentemente de sua forma de obtenção, já que a ilicitude não compromete, necessariamente, a veracidade da informação. Essa linha foi predominante no sistema da *common law*, tendo no sistema continental defensores como Cordero, Carnelutti, Leone e Rosemberg. Sua máxima é o *male captum, bene retentum*, que propõe a admissão da prova no processo, sem prejuízo da sanção cível, administrativa e criminal contra o eventual infrator²⁸³. Já na outra linha, estão os defensores da inadmissibilidade da prova ilícita, com base na necessidade de proteção dos direitos constitucionais.

Apesar de vários países terem um tratamento oscilante sobre o tema das provas ilícitas e poucos terem elevado seu regramento em nível constitucional, a Constituição Federal brasileira estabelece em seu art. 5º, inciso LVI, que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Assim, as discussões sobre a possibilidade irrestrita de admissibilidade da prova ilícita estão constitucionalmente superadas, já que a Constituição estabelece o ponto de partida hermenêutico, ainda que alguns autores nacionais ainda hoje

²⁸⁰ FIGUEIREDO DIAS. *Op. cit.*, p. 194.

²⁸¹ GÖSSEL. La búsqueda de la verdad en el proceso penal: aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales. *Cuadernos de política criminal*, n. 45, p. 676, 1991.

²⁸² Observe-se que, segundo a Constituição, não há prova ilícita, mas prova inadmissível: a ilicitude é referente ao meio de obtenção da prova e gera sua inutilidade processual. Tecnicamente, afirmar a ilicitude da prova já engloba um juízo de sua antinomia dessa com o ordenamento jurídico como um todo e, portanto, abrange a análise do princípio da proporcionalidade. Portanto, é possível falar em prova formalmente ilícita (lesão típica) e prova materialmente ilícita (típica e antijurídica, reprovada no teste de proporcionalidade). Todavia, considerando que se trata de expressão já consagrada pela doutrina, continuar-se-á a utilizá-la nesse trabalho, com a ressalva de que, quando se referir a determinadas situações de utilização da prova, não se defenderá o uso de provas ilícitas, mas de hipótese na qual eventual vício na obtenção da prova não gerará sua inadmissibilidade processual (provas formalmente ilícitas mas justificadas pela proporcionalidade).

²⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 104-108.

defendam a tese da admissibilidade da eficácia jurídica da prova ilícita²⁸⁴. Ainda assim, para a correta aplicação desse dispositivo, há que se delimitar o alcance dessa proibição de prova.

2.3.2 *Justificativas das limitações probatórias*

Segundo Magalhães Gomes Filho, as vedações de utilização de provas podem ter duas espécies de fundamentos: processual ou extra-processual²⁸⁵. No primeiro caso, a inadmissibilidade tem por objeto a vedação de utilização de provas cujo vício possa comprometer a veracidade de sua informação e portanto induzir o julgador a erro. Exemplo dessa primeira situação é a exigência de exame de corpo de delito para a comprovação da materialidade da infração penal (CPP, art. 158) e as restrições de prova relativas ao estado civil das pessoas, que devem ser provadas nos termos da legislação civil. Já no segundo caso, a finalidade da vedação é política, destinada a proteger outro bem jurídico. Exemplo dessa situação são os privilégios de não testemunhar, destinados a proteger determinadas relações (entre paciente e médico, cliente e advogado, fonte e jornalista, ou entre parentes), e ainda as provas ilícitas, destinadas a penalizar o infrator de um direito material para que não ocorra a reiteração da violação²⁸⁶.

Assim, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos não é um princípio estabelecido porque a verdade transmitida pelo meio de prova é falsa. Apesar de verdadeiros os fatos evidenciados pelo meio de prova, esse não será admitido no processo por uma finalidade política: sacrificar a verdade no processo para criar um sistema processual que respeite os direitos fundamentais.

²⁸⁴ V. a posição de PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 170-176. Registre-se que este autor já defendia esta posição de admissibilidade da prova ilícita desde antes da CF/88 e qualifica a discussão hoje de *tollitur quaestio*, já que a Constituição disciplinou o tema de forma diversa. Contudo, aposta o autor na aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de contemporização dos rigores da disposição constitucional: *ibidem*, p. 178.

²⁸⁵ MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, *op. cit.*, p. 96-104.

²⁸⁶ Em sentido semelhante, López Ortega afirma que as proibições de prova possuem duas finalidades: reduzir ao máximo a possibilidade de erro no julgamento e por limites à atuação arbitrária dos poderes públicos, ressaltando quanto à primeira as minuciosas regulamentações do procedimento da prova na *common law* destinadas a evitar o erro do juiz leigo (jurados); LÓPEZ ORTEGA, Juan José. Prueba y proceso penal: el alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional. *Revista de derecho y proceso penal*, [Navarra?]: Aranzadi, p. 128, 1999.

2.3.3 Conceituações: provas ilícitas e ilegítimas

Ao discorrer sobre os percalços das proibições de prova, Costa Andrade qualifica as pesquisas doutrinárias sobre o tema das provas ilícitas como uma verdadeira torre de Babel, na qual cada autor propõe uma sistematização própria²⁸⁷. Miranda Estrampes afirma que existe uma multiplicidade de terminologias para o problema, como "prova proibida ou proibições probatórias, prova ilegal ou ilegalmente obtida, prova ilícita ou ilicitamente obtida, prova ilegitimamente obtida, prova inconstitucional, prova nula, prova viciada, prova irregular, ou inclusive prova clandestina"²⁸⁸.

Entretanto, pode-se afirmar que, no Brasil, existe uma relativa uniformidade quanto às terminologias utilizadas. A obra pioneira que teve maior influência na formação da doutrina nacional foi *Liberdades públicas e processo penal*, de Ada Pelegrini Grinover²⁸⁹. Essa obra, adotando a terminologia utilizada por Nuvolone, faz a classificação de prova vedada como um gênero, do qual há duas espécies, as provas ilegítimas e as provas ilícitas. A prova ilegítima é obtida com violação à lei processual e tem como sanção a nulidade; a prova ilícita é obtida com violação à regra de direito material e tem como sanção a inadmissibilidade²⁹⁰. Essa classificação de Nuvolone, introduzida por Grinover, tem sido recorrentemente utilizada pela doutrina nacional, de forma que se pode afirmar que, hoje, essa classificação é a aceita pela doutrina brasileira majoritária no tema das provas ilícitas²⁹¹.

²⁸⁷ COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 19.

²⁸⁸ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2004, p. 17-18.

²⁸⁹ GRINOVER. *Liberdades públicas...*, *op. cit.* Esta obra, escrita em 1976 como tese para concurso ao cargo de professor titular de direito processual penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tem influenciado a doutrina posterior com suas categorias e propostas de solução.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 96-99. São apontados como exemplos tradicionais de provas ilegítimas a proibição de juntada aos autos de documento na fase de alegações finais para sentença de pronúncia (CPP, art. 406, § 2º, CPP); e proibição de produção ou leitura de documento novo no julgamento plenário do Tribunal do Júri, que não tenha sido comunicado à parte contrária com antecedência mínima de três dias (art. 475, CPP); e as proibições de depor (privilégios) das pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho (art. 207, CPP).

²⁹¹ Ver, dentre outros, ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 47-50. AVOLIO. *Op. cit.*, p. 42-43. SCARANCE FERNANDES. *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 89-91. FREGADOLLI, Luciana. *O direito a intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey 1998, p. 179-185. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica*. São Paulo: RT, 1997, 78-81. GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades...*, *op. cit.*, p. 156-9. MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 67-71. MIRABETE. *Op. cit.*, p. 260. NERY JUNIOR, Nelson. Proibição da prova ilícita: novas tendências do direito (CF, art. 5º, LVI). In: MORAES, Alexandre (org.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, 238-9. PEDROSO. *Op. cit.*, p. 158-9. RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. Porto Alegre:

A essa conceituação é relevante acrescentar comentários sobre a definição das provas ilícitas como violações a direitos fundamentais materiais, e sua relação com as violações a situações extraprocessuais.

2.3.3.1 Prova ilícita como violação a direitos fundamentais

O direito cuja violação ensejará a ilicitude da prova há de ser um direito fundamental²⁹². A garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas está estrategicamente localizada sob o título dos direitos e garantias fundamentais. Sua finalidade é criar um sistema de atividade processual que respeite minimamente os direitos elencados na Constituição tidos como essenciais para a convivência em sociedade. O problema perante o caso concreto é delimitar a linha que separa o plano da constitucionalidade e o da legalidade, haja vista o caráter analítico de nossa Constituição. Discorrendo sobre o tema, assim se manifestam Díaz Cabiale e Martín Morales:

Em resumo, uma violação legal que não acarrete lesão constitucional não ativará a garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida. O intérprete, à hora de delimitar a linha que separa os planos de legalidade e constitucionalidade, deve ater-se aos critérios da correspondência e da intensidade constitucional²⁹³.

Assim, correspondências meramente difusas entre o texto legal e a previsão constitucional não acarretam o acionamento da garantia da inadmissibilidade da prova, sendo necessária uma correspondência específica, direta²⁹⁴. Também será necessário que a lesão

Síntese, 2002, p. 15-18. SILVA, César Dario Mariano da. *Provas ilícitas*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2005, p. 14-18. SILVA FILHO, Gustavo Carvalho da. *Provas ilícitas com ênfase na interceptação telefônica. Processo penal especial*. Guarulhos: Saraiva, 2001, p. 57-93.

²⁹² Na referida obra pioneira de Grinover, já havia a sinalização neste sentido: "Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a fonte de prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, *frequentemente* para proteção das liberdades públicas e especialmente dos direitos de personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade": GRINOVER. *Liberdades públicas...*, *op. cit.*, p. 99 (grifo nosso). Esta lição foi posteriormente repetida em obra coletiva: GRINOVER; SCARANCA FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades...*, *op. cit.*, p. 157-158. Todavia, o melhor conceito é o que estabelece que *apenas* quando houver violação de direitos fundamentais materiais será acionada a garantia fundamental da inadmissibilidade. Em sentido mais direto, considerando que a prova ilícita é decorrente da violação de norma constitucional atributiva de direitos materiais, v. SILVA, C. D. M. *Op. cit.*, p. 16.

²⁹³ DÍAZ CABIALE, José Antônio; MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madri: Civitas, 2001, p. 222.

²⁹⁴ Como lembra Oliva Santos, nem todas as violações a direitos fundamentais gerarão necessariamente a imprestabilidade dos atos de prova, como, *e.g.*, a violação do direito fundamental a um processo sem dilações indevidas pode, ainda assim, gerar uma condenação com base nas provas produzidas durante o processo: OLIVA SANTOS, Andrés de la. Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas. *Tribunales de Justicia, La ley*, n. 8-9, p. 5, ago.-sept. 2003.

contenha uma suficiente intensidade constitucional para acionar a garantia. Portanto, ainda que se trate da violação de uma norma de direito penal, tal violação não acarretará necessariamente a garantia fundamental da inadmissibilidade da prova daí decorrente; isso apenas ocorrerá se o bem jurídico tutelado pela norma penal tiver suficiente correspondência com um direito fundamental previsto no texto consitucional e a lesão seja intensa e grave o suficiente para acionar a garantia. Assim, não necessariamente as informações oriundas de todos os ilícitos penais constituirão necessariamente prova ilícita.

É bem verdade que a maioria dos bens jurídicos penalmente tutelados devem ter um grau de ligação com os direitos fundamentais, mas eleger esse critério como definidor possui vários inconvenientes. Primeiro, deixa o conteúdo da garantia fundamental da inadmissibilidade da prova à discricionariedade do legislador infraconstitucional. Assim, caso esse fosse o critério definitivo, várias das violações à intimidade que não constituem ilícito penal estariam desprotegidas da garantia da inadmissibilidade da prova ilícita. Segundo, por que nem todas as contravenções penais possuem efetivamente um grau adequado de ligação com um bem jurídico penal, de forma que a estabilidade de um critério que identificasse as provas ilícitas com as violações a leis penais seria apenas aparente. Terceiro, há vários crimes que também não possuem uma intensidade constitucional que justifique acionar a garantia, como os crimes de perigo, de consumação antecipada, culposos, tentados, infrações penais de menor potencial ofensivo e outros nos quais não se pode afirmar haver uma situação em que o direito fundamental material fosse violado com suficiente intensidade que necessite acionar a garantia fundamental da inadmissibilidade²⁹⁵.

Também violações a meras regras civis ou administrativas não ensejarão a exclusão da prova. Díaz Cabiale e Martín Morales fornecem um exemplo interessante de situação

²⁹⁵ Nesse sentido, defendendo a inadequação do critério da ilicitude penal como definidor da ativação da garantia constitucional da inadmissibilidade de provas ilícitas, v. DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 208-229. Os exemplos de situações nas quais as informações obtidas através do cometimento de um crime não constituem prova ilícita não são usuais, mas podem ser elaborados. Imagine-se que, durante um crime de rapto consensual (CP, art. 220), o raptor descubra que a raptada está sofrendo sevícias por parte de seu pai; apesar de não ter acesso a estas informações se não pela prática da infração penal, poderá validamente levar os fatos ao conhecimento da autoridade policial e inclusive prestar testemunho. Também, caso um grupo de sem-terra ingresse em uma propriedade rural, cometendo, em tese, o ilícito de esbulho possessório (CP, art. 161, II), e lá encontrem um cadáver, poderão levar tais fatos à autoridade policial e prestar testemunho sobre a descoberta. Outras situações podem ser construídas.

na qual a violação de uma norma infralegal não ensejará a aplicação da garantia fundamental da inadmissibilidade:

[...] se um repórter, violando uma proibição administrativa de utilização de câmeras em um espaço público (museu, palácio da justiça, etc), grava imagens que posteriormente servem para identificar a um ladrão de obras de arte, essa vulneração da norma infralegal não conduz a uma situação de prova ilícita do art. 11.1 LOJP [equivalente ao nosso art. 5º, LVI, CF/88]²⁹⁶.

2.3.3.2 Prova ilícita como violação a direitos materiais

A segunda observação sobre a definição de prova ilícita é que esta não alcança os direitos fundamentais de natureza processual²⁹⁷. A Constituição é clara: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. A vedação constitucional está relacionada com o meio de obtenção da prova, ou seja, o direito que foi violado para sua obtenção. Uma interceptação telefônica com fundamentação judicial deficiente não foi obtida por meios ilícitos; o meio foi lícito, houve um procedimento judicial para a sua autorização, apenas ocorreu uma transgressão a norma processual (que determina a fundamentação), que gerará não a ilicitude, mas a nulidade da prova, por se tratar de prova ilegítima. Havendo suficiente correspondência e intensidade entre a norma processual e a norma constitucional processual, tratar-se-á de nulidade absoluta, que acarretará a ineficácia do ato processual (ausência de efeitos processuais da prova). Caso não haja essa lesão direta à norma constitucional processual, a nulidade será apenas relativa, sendo necessária a verificação do efetivo prejuízo, da preclusão, inexistência de convalidação e demais peculiaridades do sistema das nulidades²⁹⁸. Não deve ocorrer uma correspondência entre os conceitos de ilicitude e nulidade pois há nulidades relativas que não acarretam a inadmissibilidade de valoração²⁹⁹.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 209, nota 64.

²⁹⁷ No mesmo sentido é o teor da Súmula n. 48 das Mesas de processo penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: "Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material".

²⁹⁸ Para as distinções entre nulidade absoluta e relativa, v. GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades...*, *op. cit.*, p. Para as peculiaridades do sistema de nulidades, v. *ibidem*, p. 30-46.

²⁹⁹ Segundo Tourinho Filho, a vedação constitucional abrange tanto as provas ilícitas quanto as ilegítimas; v. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 3. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227. No mesmo sentido: LIMA, Marcellus Polastri. *A prova penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p 41 e 45. HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. In: _____. *Processo penal: reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 69. Todavia, pelas razões constantes do texto, parece-nos relevante manter a distinção.

Há mais uma distinção relevante: ao contrário das provas ilícitas, que em determinadas situações (extremas) poderão contaminar as provas derivadas de suas informações, as provas nulas não contaminam outras provas. O que pode ocorrer na hipótese será a desconsideração apenas da prova nula, ou eventual anulação do julgamento por *error in procedendo*, e conseqüente repetição da prova e retomada do curso do processo. Mas outras provas não serão ilícitas por derivação, nem deverão ser anuladas, já que os atos instrutórios não guardam relação de causalidade entre si³⁰⁰.

2.3.3.3 Prova ilícita como violação extraprocessual

Segundo a doutrina nacional majoritária, o momento de obtenção da prova é um critério diferenciador da inadmissibilidade e da nulidade³⁰¹. Assim, se a prova foi obtida durante o processo, tratar-se-ia de prova ilegítima, e, portanto, nula, pela eventual desobediência ao procedimento de sua realização; já se a prova foi obtida fora do processo com alguma violação, trata-se de prova ilícita e, portanto, inadmissível. Esta diferenciação parte da distinção entre obtenção da prova e produção da prova: obter é ter acesso à prova, que pode ser fora do processo, produzir é introduzir o meio de prova no processo, após o exame positivo da admissibilidade. Tratando-se de provas documentais, primeiro a parte obtém a prova (v.g., realiza-se uma gravação ambiental) e após postula sua introdução no processo; caso o juiz defira a juntada, estará proferindo um juízo de admissibilidade positivo e já estará consumando a produção da prova. Como a admissibilidade precede à produção (introdução) da prova no processo, o juiz deverá analisar se o documento obtido fora do processo é lícito e, caso não seja, proferirá um juízo de admissibilidade negativo e não permitirá que este seja introduzido no processo como prova documental.

Essa distinção efetivamente corresponde à regra geral, mas não pode ser generalizada. Há situações nas quais uma prova não viola um direito material, não é obtida no curso do processo e ainda assim não poderá surtir efeito: é o caso da prova emprestada, em relação à qual o entendimento majoritário é de que sua admissão, caso não hajam participado do

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 34-36. Para algumas conseqüências desta distinção, v. *infra*, subseção 4.5.4.

³⁰¹ MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, *op. cit.*, p. 93-95. Também: GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As Nulidades...*, *op. cit.*, p. 159-160.

processo original as mesmas partes, viola o princípio do contraditório³⁰². Nesse caso um princípio processual veda a admissão de uma prova no processo. Também é possível que ocorra uma violação de direito material no curso do processo, como a hipótese em que um juiz realize ameaças e coações a um acusado durante seu interrogatório: a coação viola o privilégio da não auto-incriminação, que protege a liberdade de não testemunhar contra si próprio e portanto constitui prova ilícita. Portanto, a distinção entre prova ilícita e ilegítima deve ser realizada pela efetiva análise do direito que está sendo violado na sua obtenção (direito fundamental material).

2.3.4 Exemplos de provas ilícitas

Como exemplos de provas ilícitas, ainda que não exaustivos, podem-se citar a confissão obtida mediante tortura, coação ou maus tratos, que viola o direito à incolumidade física (art. 5º, III, CF/88) e, de forma especial, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88); a busca e apreensão domiciliar realizada sem autorização judicial ou durante a noite (art. 5º, XI, CF/88); a interceptação telefônica realizada sem autorização judicial (art. 5º, XII, CF/88); as violações abusivas à intimidade (art. 5º, X, CF/88); e as informações obtidas com violação à liberdade da pessoa que presta a informação (como o soro da verdade, *lie detector*, interrogatórios exaustivos). Segundo entendimento jurisprudencialmente consolidado, o sigilo bancário, fiscal e telefônico são expressão do direito à intimidade, de sorte que para sua violação há um postulado de reserva de jurisdição, acarretando ilicitude da prova a ausência de autorização judicial³⁰³.

³⁰² Ver, por todos, GRINOVER; SCARANCA FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As Nulidades...*, op. cit., p. 147-149. Todavia, deve-se ter reservas em relação ao entendimento da inadmissibilidade absoluta da prova emprestada se não produzida no processo entre as mesmas partes. A prova emprestada deve ser aceita como uma prova documental, de obtenção unilateral por uma das partes, e com a necessária relativização de seu valor probatório, especialmente diante da eventual alegação de prejuízo da outra parte. Assim, v.g., a perícia oficial realizada em um processo pode e deve ser aceita no processo de outro réu como prova documental e eventuais esclarecimentos em relação a esta prova deverão ser realizadas em sede de quesitos complementares. Também a prova testemunhal produzida em um processo, desde que irrepetível sua reprodução, poderá ser aceita em outro processo, devendo analisar-se no caso concreto quais são os possíveis prejuízos de sua aceitação, seguidos da necessária ponderação de seu valor de convencimento. Sobre a prova emprestada e sua relação com a interceptação telefônica, v. item 4.3.3.1, *infra*.

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. MS 23452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJU 12 maio 2000, p. 20. Ainda que tal posicionamento mereça uma reanálise à luz dos princípios constitucionais. Para uma crítica a tal entendimento do STF, v. CAVALCANTI, José Robalinho. *Sigilo bancário e controle penal diante da criminalidade da globalização: uma necessária reinterpretação constitucional*. 2005. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2005. Ver, também, subseção 4.3.9, *infra*.

Por outro lado, não serão provas ilícitas, mas ilegítimas, as obtidas com violação a direitos processuais. Assim, os vícios processuais ligados à autorização judicial exigida para a violação de direitos fundamentais geram a nulidade da prova, e não sua ilicitude. Por exemplo, a deficiência de motivação, a incompetência do juiz, ou a violação aos requisitos legais da interceptação telefônica (como a descrição clara do objeto da investigação ou a qualificação dos investigado)³⁰⁴.

Questão intrigante é relativa à classificação do direito de não testemunhar contra si mesmo. Estabelece o preceito do art. 5º, LXIII, CF/88, que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, [...]". Assim, o direito ao silêncio é um direito fundamental material, e sua violação mediante tortura, coação, métodos exaustivos de interrogatório, engano e outros, viola a liberdade de autodeterminação e, portanto, gera a ilicitude da prova. Todavia, a advertência do direito ao silêncio constitui um procedimento constitucionalmente qualificado de realização do interrogatório, destinado a assegurar o exercício do direito material ao silêncio, de sorte que a violação ao procedimento de interrogatório (ausência da advertência) deve gerar a nulidade da prova, e não sua ilicitude³⁰⁵. A distinção é relevante para, sujeitando o tratamento dessa violação ao regime das nulidades, permitir a indagação de se tal ausência efetivamente lesou a liberdade de declaração do interrogando (como na situação de o interrogando ter recebido conselho de advogado e estar acompanhado deste no ato), bem como definir os efeitos derivados dessa violação.

Segundo o STF, o reconhecimento da ilicitude da prova determina o direito da parte, à qual esta prova possa prejudicar, de desentranhar a prova dos autos³⁰⁶. Significa a impossibilidade de consideração destes elementos de prova. Este desentranhamento deve ocorrer com a preclusão da decisão sobre a admissibilidade da prova.

³⁰⁴ Para uma análise mais detida sobre o problema dos conhecimentos fortuitos em interceptação telefônica, v. item 4.3.3.1, *infra*; para a não-contaminação por derivação nas violações meramente processuais, v. subseção 4.4.1.

³⁰⁵ O STF reconhece o privilégio contra auto-incriminação, e sua consequência de "compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência — e da sua documentação formal — faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal [...]"; BRASIL. STF, 1. T. HC 80.949/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 14 dez. 2001, p. 26, Ementário v. 2053-06, p. 1145. Apesar de a decisão afirmar que se trata de prova ilícita, entendemos que, tecnicamente, trata-se de prova nula, com importantes consequências para a ilicitude por derivação.

³⁰⁶ BRASIL. STF, Pleno, ED no Inq. 731/DF, rel. Min. Néri da Silveira, j. 22 maio 1996, DJU 07 jun. 1996, p. 19847, Ementário v. 1831-01, p. 27.

2.3.5 Provas ilícitas por derivação

Finalmente, questão tormentosa é relativa à admissibilidade das provas ilícitas por derivação e a eventual recepção no sistema jurídico brasileiro da conhecida teoria estadunidense dos frutos da árvore envenenada³⁰⁷. Segundo essa teoria, a prova ilícita é uma árvore que se contaminou com uma mancha (vício); portanto, todas as demais provas que derivem dessa árvore envenenada, ainda que em si mesmas obtidas de forma lícita, também estariam contaminadas com a ilicitude da prova da qual se originou. Contudo, como será exposto à frente, a contaminação por derivação antes de ser a regra há de ser uma exceção, tão excepcional quanto a gravidade e a imediatidade entre a prova ilícita e a derivada lícita, bem como ante a presença de um nexo causal tão direto que importe em uma verdadeira unidade de ato entre ambas³⁰⁸.

2.4 Inadmissibilidade das provas ilícitas como princípio constitucional e sua relação com a proporcionalidade

Segundo Gössel, "o problema da prova vem enquadrar-se entre os interesses do Estado a um efetivo procedimento penal, enquanto comunidade jurídica, e os interesses do indivíduo à proteção de seus direitos pessoais"³⁰⁹.

Existe, portanto, uma tensão latente no direito à prova e na inadmissibilidade das provas ilícitas: a efetividade do processo como valor constitucional assegurado pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais e expresso no dever de proteção penal, e a garantia individual de que uma prova obtida de forma ilícita seja excluída do processo. Considerando a unidade da Constituição, cumpre indagar se a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, consagrada no art. 5º, LVI, da CF/88, é uma regra ou um princípio constitucional, segundo a já exposta teoria de Alexy. Deve-se perquirir se a inadmissibilidade das provas ilícitas é absoluta ou se, em algumas situações, é possível estabelecer exceções diante de outros princípios constitucionais decorrentes da ponderação dos interesses envolvidos.

³⁰⁷ Para uma visão da gênese e desenvolvimento da teoria dos frutos da árvore envenenada na jurisprudência estadunidense, v. *infra*, subseção 3.2.5.

³⁰⁸ V. *infra*, subseção 4.5.4.

³⁰⁹ GÖSSEL. La búsqueda da verdad..., *op. cit.*, p. 675.

Em ao menos uma situação não pairam dúvidas quanto à possibilidade de utilização de uma prova ilícita em juízo: a sua utilização para comprovar a inocência do acusado. Sendo a ampla defesa também um princípio constitucional, no embate entre a eficiência do processo para descobrir a verdade e inocentar um réu injustamente acusado e a garantia fundamental da inadmissibilidade, a absolvição do inocente tem um peso muito maior. A política criminal do Estado de Direito, que se sustenta no valor metajurídico da dignidade da pessoa humana, não pode se contentar com a condenação de um inocente. Uma situação dessa contraria a política criminal do Estado democrático de Direito, que não pode admitir como fim de pacificação social a condenação de quem não é culpado. Essa posição de admissão da denominada prova ilícita *pro reo* tem recebido o posicionamento amplamente favorável da doutrina nacional e estrangeira³¹⁰.

Além dessa situação, em ao menos uma outra vez o Supremo Tribunal Federal admitiu a utilização de provas ilícitas: é válida a interceptação de correspondência de preso realizada pela administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica³¹¹. Argumentou o STF que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Esse caso constitui situação inequívoca de ponderação de interesses entre segurança penitenciária e o sigilo da correspondência, que acarretou na admissibilidade da prova decorrente desta formal violação do direito.

Ora, se nessas situações é admissível uma exceção ao disposto no art. 5º, LVI, da CF/88, pela necessidade de ponderação de interesses com outro vetor constitucional, não há dúvidas em afirmar que tal dispositivo configura um princípio, segundo a classificação de Alexy: o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos³¹². Ainda que a redação do dispositivo pareça apontar para sua configuração como uma regra (por estabelecer uma norma para o caso concreto), por trás da regra há o princípio, que justifica a criação da regra. Portanto, trata-se de um mandado de otimização: uma disposição que é o ponto de partida para a hermenêutica, mas não é absoluta, que aponta um caminho a ser seguido como regra geral, mas

³¹⁰ V. seção 4.2, *infra*.

³¹¹ BRASIL. STF, 1. T., HC 70.814/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 1 mar. 1994, DJU 24 jun. 1994, p. 16649, RTJ 176:1136.

³¹² Neste sentido, admitindo expressamente que o dispositivo do art. 5º, LVI da CF/88 constitui princípio e não como regra: OLIVEIRA, E. P. *Processo e hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 181-185.

que já de antemão comporta temperamentos inerentes ao convívio dos diversos princípios constitucionais e da necessidade da máxima efetividade de cada um desses princípios, muitas vezes como vetores apontando para direções diversas.

Se o princípio admite uma ponderação de interesses ao menos com o direito à prova da defesa, decorrente do princípio da ampla defesa, cumpre definir se é possível a ponderação com outros princípios constitucionais, em especial o direito à prova da acusação, decorrente do direito de ação e requisito essencial para a realização do dever de proteção penal eficiente.

Indaga-se: podem as garantias processuais, que possuem a natureza de regras do jogo, também ser objeto de ponderação de interesses? A resposta é afirmativa.

Um primeiro ponto a se destacar é a classificação das garantias processuais na teoria dos direitos fundamentais. A doutrina pátria distingue os direitos fundamentais das garantias fundamentais, que são disposições assecuratórias das declarações (direitos instrumentais)³¹³. Assim, as garantias processuais são expressão dos direitos fundamentais a proteção e dos direitos fundamentais a normas de organização e procedimento. Portanto, dentro da teoria dos direitos fundamentais, as garantias processuais penais previstas no art. 5º da CF/88 também são princípios fundamentais que estão sujeitos à colisão e à ponderação³¹⁴.

A ponderação de interesses em relação a garantias processuais não é qualquer inovação, mas faz parte do trabalho cotidiano dos operadores do direito processual penal. Quando o STF permite que o juiz ratifique a decisão de recebimento da denúncia proferida pelo juiz absolutamente incompetente, está realizando uma ponderação de interesses sobre a garantia processual do juiz natural e a eficiência do processo³¹⁵. Também quando há uma restrição ao direito à defesa nas decisões urgentes (vulgo liminares), decidindo-se primeiro para realizar o contraditório de forma diferida, também se balanceia a garantia do contraditório com a eficiência. Da mesma forma em relação à restrição à publicidade do procedimento durante as investigações ou nas situações de interesse público relevante, há o cotejo entre a eficiência e a garantia da

³¹³ Conceito já introduzido na subseção 2.2.5.

³¹⁴ Para algumas das implicações da ponderação de interesses nas garantias processuais, v. subseção 1.4.5.

³¹⁵ Ver precedente antigo: BRASIL. STF, 2. T., HC 54.619/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 06 ago. 1976, DJU 03 set. 1976, RTJ v. 79-02, p. 436; também ratificado em decisões mais recentes: BRASIL. STF, Pleno, HC 83.006/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. 18 jun. 2003, DJU 29 ago. 2003, p. 20, Ementário v. 2121-17, p. 3374.

publicidade. Quando se permite que um parente do acusado venha a prestar depoimento, mas sem prestar compromisso e sem sujeitar-se às penalidades do delito de falso testemunho, quando tal prova for essencial à elucidação dos fatos, também se está ponderando o interesse da averiguação da verdade com a preservação dos laços de família (CPP, art. 206). Também, quando se admite a utilização das denominadas "provas cautelares" obtidas na fase inquisitorial, sem contraditório, como os exames periciais em geral, especialmente o exame de corpo de delito, ainda que tais provas tenham sido produzidas unilateralmente pela polícia judiciária sem qualquer participação tanto do juiz como da defesa ou do titular da ação penal, está se realizando uma ponderação entre a eficiência do processo e o contraditório (que ou não era possível pela ausência de identificação da autoria ou urgência da diligência, ou, ainda que possível, dificultaria em demasia o trâmite das investigações³¹⁶).

O art. 6º, II, do CPP permite que a autoridade policial diligencie diretamente a apreensão dos objetos ligados ao crime, independentemente de autorização judicial, e essa restrição ao direito de propriedade (assegurado pela Constituição no rol dos direitos fundamentais, ainda que se questione sua efetiva fundamentalidade) é justificada pela ponderação desse direito com os interesses mais relevantes da elucidação do ilícito penal. A própria presunção de inocência é mitigada pela admissibilidade da prisão preventiva, antes do trânsito em julgado ou, o mais sério, ainda no curso das investigações, tudo em ponderação com a cautelaridade dessa medida, destinada a assegurar a eficiência do processo penal.

Como visto no capítulo anterior, o processo penal não é direcionado unilateralmente à defesa do indivíduo, mas possui uma função comunitária de pacificação social mediante a realização prática do direito penal, e sua instrumentalidade deve albergar esses dois fatores: garantias individuais e funcionalidade. É da máxima efetividade desses dois vetores que

³¹⁶ A doutrina tradicional tem classificado as perícias urgentes realizadas no inquérito policial como prova cautelar *ad perpetuam rei memoriam*, com contraditório diferido para o momento da ação penal; v. GRINOVER; SCARANCA FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades...*, *op. cit.*, p. 145 e 182-3. É inegável que o conteúdo deste alegado contraditório diferido é muito mais restrito, pois se os vestígios desapareceram a possibilidade de atendimento aos quesitos da defesa é diminuta, restando-lhe apenas esclarecimentos aos mesmos peritos que realizaram as diligências (e, portanto, comprometidos com seus resultados). A classificação de tais provas como cautelares leva certa carga de eufemismo, pois não há participação nem do juiz nem da parte de acusação (Ministério Público), realizando a polícia de ofício a diligência, de sorte que se trata de uma produção unilateral do meio de prova justificada pela urgência das circunstâncias. A valoração das informações deve considerar a aplicação de um princípio de não dispersão das provas, derivado do princípio da proteção penal eficiente.

o processo penal recebe seu impulso vital. Portanto, não deve causar estranheza que uma garantia processual seja ponderada com outros princípios constitucionais.

O princípio da proporcionalidade é um padrão hermenêutico para a visão sistêmica da Constituição também em relação às garantias processuais. A questão de saber se sua aplicação limita a garantia processual, ou delimita-a, é apenas uma questão de opção quanto às perspectivas interna e externa dos direitos fundamentais³¹⁷.

Nesse sentido, discorrendo sobre as provas ilícitas, afirma Barbosa Moreira que os princípios processuais não devem ser tidos como dogmas religiosos, mas ser lidos de acordo com sua significação instrumental, e sua finalidade à consecução dos fins do processo, concluindo que as normas jurídicas se articulam num sistema, cujo equilíbrio se impõe num complexo de restrições imanentes entre os diversos princípios em eventual colisão³¹⁸.

Uma possível contra-argumentação seria a de que a ponderação de interesses poderia desfigurar totalmente as garantias processuais, trazendo insegurança e resultados injustos. Poderia-se imaginar uma possível (e incorreta) ponderação de interesses com a vedação da pena de morte ou em relação à intranscendência da pena, expressamente vedadas na Constituição. Neste caso, ambas as regras constitucionais explicitam um princípio maior que é o de respeito à dignidade da pessoa humana. Nestas situações, dificilmente seria possível sequer vislumbrar uma hipótese na qual a ponderação de interesses justificaria o Estado aplicar uma pena de morte ou punir terceiro pelo crime do acusado. Por outro lado, também não se pode esquecer que a legítima defesa, que é expressão do princípio da proporcionalidade, pode validar até mesmo uma "pena de morte" aplicada por um particular ou agente do estado em situações mais extremas, preenchidos os requisitos. Portanto, reconhecer a possibilidade de ponderação de interesses em garantias processuais não significa permitir o arbítrio judicial de resultados injustos ou a relativização dos direitos fundamentais. Cada ponderação deve sempre seguir pelas balizas dogmáticas estabelecidas para sua realização, já explicitadas anteriormente³¹⁹.

³¹⁷ V. subseção 1.2.3, *supra*.

³¹⁸ BARBOSA MOREIRA. *Op. cit.*, p. 14.

³¹⁹ Em relação às críticas à teoria dos princípios, v. subseção 1.2.10. Neste trabalho de ponderação das garantias processuais, surgem como balizas especiais o valor do texto da Constituição como ponto de partida hermenêutico, a força dos precedentes jurisprudenciais do Tribunal Constitucional e a especial força da argumentação jurídica diante das peculiaridades do caso concreto (sobre a argumentação jurídica, v. subseção 1.2.9).

Apesar de ser eleita como um mandamento cogente, que vincula os poderes públicos, a norma da inadmissibilidade está conectada com as demais normas constitucionais e apenas pode ser compreendida como parte do todo que integra (Princípio da unidade da Constituição). Assim, é possível a ponderação de interesses sobre o princípio constitucional da inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícitos quando este estiver em conflito com outro princípio constitucional³²⁰. Ocorre, todavia, que a ponderação de interesses em relação a essa garantia processual fundamental não pode ser realizada da mesma forma que as demais ponderações de interesses no conflito de direitos fundamentais materiais³²¹. A garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos possui uma inexorável interação com a realidade material, revelando uma natureza dúplice: está voltada para o passado em relação ao direito fundamental violado (normalmente fora do processo) e para o futuro em relação aos efeitos (ou ausência destes) da verdade emergente da atividade que violou o direito fundamental. Apesar de ter uma natureza processual, ao se ligar com os efeitos de um fato para o processo, possui indiscutível natureza material, apresentando-se como uma sanção a um ilícito material cometido.

Poder-se-ia argumentar que, tendo a Constituição estabelecido a inadmissibilidade das provas ilícitas, já teria o texto constitucional eleito a relação de precedência entre os interesses em conflito na licitude probatória, e tal eleição dispensaria qualquer ponderação³²². Este raciocínio não prospera ao considerar de antemão um princípio como sendo absoluto. Segundo Alexy, efetivamente as disposições de direitos fundamentais possuem um caráter duplo, ao positivarem princípios e também já estabelecerem determinações frente às exigências de princípios contrapostos. Entretanto, conclui o mestre que ainda assim tais

³²⁰ Sobre o tema das provas ilícitas, argumenta Gonzalez-Cuellar Serrano que a solução mais comedida e realista para o problema é a ponderação dos interesses envolvidos. Afirma: "Atender aos interesses envolvidos no caso concreto significa aceitar que em muitas ocasiões o desconhecimento dos formalismos processuais não causa a impossibilidade de valoração da provas, se em tais situações a infração legal não supõe lesão ao direito 'a um processo com todas as garantias' ou do direito à igualdade das partes [...]. A solução há de ser adotada à vista dos interesses em conflito, segundo as circunstâncias do caso concreto, em cumprimento do princípio de proporcionalidade"; GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: Colex, 1990, p. 340, tradução nossa.

³²¹ Segundo Díaz Cabiale e Martín Morales, "as garantias constitucionais não respondem da mesma maneira ao fenômeno restritivo que os direitos fundamentais substantivos, pelo que não se pode pretender que a argumentação siga sendo exatamente a mesma"; DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 102, tradução nossa.

³²² Essa argumentação foi utilizada no seguinte precedente: BRASIL. STF, 1. T., RE 212.081, rel. Min. Galloti, j. 05 dez. 1997, DJU 27 mar. 1998.

determinações frente aos princípios contrapostos possuem um caráter incompleto, de modo que não possibilitam, em todos os casos, uma decisão livre de ponderação³²³.

Assim, pode ser enunciada da seguinte forma a norma constitucional:

Está proibida a admissão no processo de provas obtidas por meios ilícitos, desde que estas não sejam necessárias para o cumprimento daqueles princípios opostos de nível constitucional (que podem referir-se a direitos fundamentais de terceiros ou a bens coletivos) e que, devido às circunstâncias do caso, têm precedência frente ao princípio da inadmissibilidade.³²⁴

O problema consiste, portanto, em reconhecer quais são os fatores em ponderação aptos a possibilitar um resultado justo sem que isso conduzisse a um processo inquisitivo degradante dos direitos fundamentais. E estabelecer os critérios concretos dessa ponderação.

Luca, ao discorrer sobre as provas ilícitas, afirma ser necessário superar uma racionalidade rígida e legalística por uma teleológica, invocando o que Max Weber classificou como "racionalidade relativa ao valor"³²⁵. Considerando que o caráter instrumental do direito processual também alcança as garantias constitucionais processuais, a análise dos critérios da ponderação de interesses parte da investigação sobre essa teleologia da garantia constitucional da inadmissibilidade³²⁶.

A justificativa da existência da garantia constitucional do princípio da inadmissibilidade deve seguir um padrão de lógica e razoabilidade e não de mera interpretação literal e positivista do texto constitucional. Segundo Alexy, os princípios são marcados pela generalidade, que permite conhecer a "Idéia do Direito", criando um modelo que avança do Geral para o Especial³²⁷. A revelação da justificativa axiológica da regra de exclusão revelará sua

³²³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1. ed., 3. reimpressão. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 133-135.

³²⁴ Esta forma de construção da norma, incorporando a possibilidade de ponderação, é inspirada em exemplo de Alexy: *ibidem*, p. 136.

³²⁵ LUCA. *Op. cit.*, p. 214.

³²⁶ Segundo Pacelli de Oliveira, "o exame das garantias processuais individuais deve ser feito à luz de cada e respectiva racionalidade jurídica, levando-se em conta, no caso concreto e, como na aplicação de qualquer norma constitucional, as implicações decorrentes das referidas escolhas, no que se refere à efetiva tutela dos interesses em disputa"; OLIVEIRA, E. P. *Processo e hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 6.

³²⁷ ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 104.

natureza e poderá guiar o intérprete a uma correta aplicação do instituto nas situações difíceis (*hard cases*).

No mesmo sentido é a lição de Dworkin, ao afirmar que a questão relativa à observância de uma quantidade mínima de exatidão no julgamento é uma questão de princípio (de direito e não de mera política utilitarista) que influencia diretamente o direito à prova e demais controvérsias processuais. Segundo Dworkin, o direito à prova é "uma questão de princípio especial em vários sentidos", já que "trata-se de uma questão que exige, na determinação do conteúdo de um direito, atenção para as conseqüências sociais de diferentes regras e práticas"³²⁸. Conclui que a decisão sobre a exclusão de uma prova e, portanto, sobre a afetação do nível de exatidão do resultado do processo penal, deve ponderar adequadamente o risco de erro judiciário decorrente da exclusão da prova e a respectiva lesão ao direito processual da parte de produzir a verdade no processo e ter um julgamento justo³²⁹.

Assim, na resolução do problema, seguir-se-ão duas fases. Na primeira, há que delimitar o âmbito de proteção da garantia constitucional da inadmissibilidade para a configuração da violação material, e esse âmbito há de ser definido mediante a análise do horizonte teleológico, a justificativa racional da existência dessa garantia³³⁰. Deve-se lembrar, conforme a teoria de Alexy, que as situações aparentemente problemáticas devem ser inseridas, *prima facie*, no âmbito de proteção. Num segundo momento, será necessária a análise dos três subprincípios da proporcionalidade, mediante a verificação da adequação da restrição ao direito à prova, a necessidade (inexistência de outro meio menos gravoso para proteger o direito violado) e a ponderação de interesses com os demais princípios em colisão para determinar o vetor preponderante segundo considerações de precedência condicionada às peculiaridades do caso concreto. Essas relações de precedência condicionada devem avaliar as peculiaridades concretas

³²⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 140.

³²⁹ Segundo Dworkin, a ausência de consideração das conseqüências sociais na exclusão de uma prova penal viola o "direito a processos que avaliem adequadamente o dano moral [dano decorrente do erro judiciário], nos cálculos que estabelecem o risco de injustiça que os ameaça" e, portanto, não se trata de uma questão de política mas de princípio (*Ibidem*, p. 135). Conferir: "se os cálculos de 'política' indicam que o público não se beneficiaria com a exclusão dessa prova, ou de uma regra excluindo provas como essas, então uma decisão de, não obstante, excluir essa prova não indicaria absolutamente nenhuma preocupação com o risco de dano moral [erro judiciário] e violaria o direito processual da parte que reivindica a admissão. Assim, embora as razões sejam diferentes, os cálculos instrumentais e de conseqüências associados às decisões processuais encontram-se plenamente fundados em argumentos de princípio quanto estão ao surgir em decisões substantivas."; *ibidem*, p. 142-143.

³³⁰ Sobre o âmbito de proteção e o conteúdo essencial, v. subseções 1.2.5 e 1.2.6, *supra*.

nas quais a necessidade de aplicação do princípio da inadmissibilidade sejam mais fracas e a prevalência do princípio da proteção penal seja preeminente. De qualquer sorte, existe um largo espectro de zona cinzenta de incerteza quanto à inserção da situação-problema no âmbito de proteção da garantia, de forma que a ponderação de interesses atue também como parâmetro para a determinação do conteúdo e dos limites da garantia fundamental³³¹.

Na ponderação de interesses entre a teleologia da garantia da inadmissibilidade e o dever constitucional de proteção penal, ambos direcionados à proteção dos direitos fundamentais, o reconhecimento de eventuais exceções ao princípio da inadmissibilidade não implica a negação da natureza processual da referida garantia constitucional, mas de uma leitura multifocal do fenômeno da violação passada de um direito constitucionalmente assegurado e dos efeitos futuros da verdade emergente da referida atividade. Acarreta o reconhecimento de que é necessária a instituição de um sistema de garantias aos direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, que um excesso de garantias a determinados direitos pode deixar em descoberto vários outros direitos também fundamentais e que, portanto, se está diante de uma colisão de princípios.

2.5 Teleologia da garantia fundamental da inadmissibilidade

Ao discorrer sobre as diversas finalidades das proibições de prova, Gössel afirma que podem ser recolhidas na doutrina as seguintes justificativas para o instituto:

[...] a função de "promover à vítima de um meio jurídico efetivo" de proteger a averiguação da verdade do tribunal da utilização de "meios e vias" por experiência cheios de defeitos, de manter a pureza do procedimento ou de assegurar a superioridade moral do Estado, "de quitar às autoridades da persecução penal o incentivo para a obtenção antijurídica de meios de prova" ou de apartar possíveis "perigos para a efetividade especialmente preventiva da pena" por um comportamento estatal incorreto durante a averiguação dos fatos, da mesma maneira que aquelas para a função preventiva geral da pena, em que se encontra "a conservação e criação da conscientização de valores éticos sociais"³³².

³³¹ Sobre a teoria ampla do âmbito de proteção, v. subseção 1.2.6, *supra*. No sentido do texto: HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003, p. 33. Em sentido semelhante parece ser a posição de Alexy ao formular seu conceito de "direito fundamental como um todo", que comporta uma perspectiva dinâmica de consideração das colisões com outros direitos fundamentais e com princípios referidos a bens coletivos e, desta maneira, tal conceito está necessariamente vinculado com seu entorno normativo e com todos os problemas da interpretação dos direitos fundamentais; v. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, p. 240-245.

³³² GÖSSEL, Karl Heinz. La prueba ilícita en el proceso penal. *Revista de derecho penal*. Editorial Rubinzal Culzoni, n. I, ano 2001. Disponível em: <http://www.rubinzal.com.ar/revistas/penal/garantias_

Sobre o tema dos limites à admissão das provas, discorreu Florian que:

[...] o essencial é que o processo aplique um sistema ou regime de prova em virtude do qual não apenas possa triunfar certamente a verdade material, mas que também [1] se evitem arbitrariedades, [2] se tutelem os direitos dos sujeitos processuais e [3] tenha eficaz proteção a probidade do juízo.³³³

Os argumentos apontados por Gössel podem ser condensados nas três linhas propostas por Florian: proteção dos direitos fundamentais (efeito dissuasório), dimensão eqüitativa do processo (proteção à igualdade processual) e eticidade do processo (integridade judicial em sentido estrito)³³⁴. Enquanto a primeira perspectiva está ligada a um argumento utilitarista, estas duas últimas estão ligadas a argumentos éticos, de integridade judicial, pelo que estes últimos serão analisados conjuntamente³³⁵.

2.5.1 Efeito dissuasório

No Brasil, Grinover, em sua já citada monografia, com base nos ensinamentos de Vescovi, Allorio e Nuvolone, afirma que a justificativa da inadmissibilidade das provas ilícitas é a unidade do ordenamento jurídico, já que o que é nulo é inválido e não pode ter efeitos³³⁶.

constitucionales-e_1.htm>. Acesso em: 16 ago. 2005. § 131, tradução nossa.

³³³ FLORIAN. *Op. cit.*, p. 48, tradução nossa, numeração acrescentada.

³³⁴ Na jurisprudência estadunidense, evoluíram duas linhas de justificação da inadmissibilidade das provas ilícitas: *deterrent effect* e *judicial integrity*. Esta integridade judicial pode ser equiparada às duas últimas justificativas que são propostas no texto. Sobre esta evolução dos Estados Unidos, v. FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las "pruebas ilegales": de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 301-311. Em sentido semelhante, afirma Midón que os argumentos favoráveis à exclusão probatória são: o fundamento ético, o preço inevitável do sistema, a necessidade de preservar os direitos individuais e as garantias constitucionais em função de sua hierarquia, o direito à prova não é absoluto e o efeito persuasivo da exclusão a respeito de futuros procedimentos irregulares; como críticas à exclusão, relaciona Midón que a busca da verdade justifica a admissão, a exclusão entorpece a justiça, o delito cometido pelo investigador não converte em lícito o delito investigado, o alto custo social da exclusão, o falso efeito persuasivo, e a injustiça de uma aplicação indiscriminada da exclusão às situações de boa-fé. Ver: MIDÓN, Marcelo Sebastián. *Pruebas ilícitas: análisis doctrinario y jurisprudencial*. 2. ed. Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo, 2005, p. 49-94.

³³⁵ A teoria aqui exposta sobre a sistematização da teleologia do princípio da inadmissibilidade é inspirada nas discussões do direito estadunidense, temperada com observações de outros sistemas (especialmente o Canadá) e com as peculiaridades de nosso sistema, no qual a Constituição diretamente exige a exclusão como um princípio de conduta. Para uma visão de todos os sistemas, v. *infra*, cap. 3.

³³⁶ Afirma: "sendo a ilicitude um conceito geral do direito, e não conceito especial de algum de seus ramos, o princípio de que o que é nulo é inválido é também geral: e assim, para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido ela obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza. Especialmente quando estas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção, processual ou extraprocessual, da referida prova"; GRINOVER. *Liberdades públicas...*, *op. cit.*, p. 109. De ver-se, todavia, que a própria autora dois parágrafos antes utiliza argumentos ligados ao efeito dissuasório da inadmissibilidade, segundo a fundamentação de Scaparone: "[...] somente a inadmissibilidade, no processo penal, da prova ilegalmente obtida pode coroar cerce o arbítrio do poder público"; *ibidem*, p. 108-109.

Endossa esse entendimento Magalhães Gomes Filho³³⁷. Essa perspectiva guarda relação com a justificação na linha da eticidade do processo, acima referida, já que se funda na impossibilidade de contaminação ética do processo com elementos de convicção tidos como espúrios (ainda que o argumento seja mais sofisticado quanto à ausência de efeitos jurídicos da prova inconstitucional).

Todavia, essa perspectiva, com o respeito que seus subscritores merecem, não corresponde à teleologia central e determinante do problema das provas ilícitas. As considerações acima realizadas sobre a caracterização da inadmissibilidade como um princípio e das tensões constitucionais no direito à prova já demonstram que nem sempre uma violação material é totalmente desprovida de efeitos processuais.

E não corresponde mesmo à evolução histórica do instituto, que possui outro fundamento: o efeito dissuasório de lesões aos direitos fundamentais. Segundo Gonzalez-Cuellar Serrano, foi o efeito dissuasório que motivou a expansão das regras de exclusão nos vários países democráticos, como instrumento de controle de medidas desproporcionadas³³⁸.

O princípio constitucional do art. 5º, LVI, da CF/88 representa a síntese de um momento político e histórico brasileiro de proscrição contra os abusos cometidos durante o regime da ditadura militar. Um sistema no qual o discurso de segurança nacional fundamentou abusos intoleráveis aos direitos humanos, tais quais torturas, prisões ilegais, execuções sumárias, violações à intimidade domiciliar e ausência de resguardo mínimo da vida privada do cidadãos. Ao se virar uma página violenta da história brasileira, decidiu o legislador constituinte de 1988 sepultar definitivamente esse regime totalitário de supremacia absoluta do interesse público [*rectius*: dos detentores do poder político] sobre valores mínimos da dignidade humana. Como forma de estabelecer esse programa de modificação da estrutura de Estado, realizou o constituinte a opção por uma garantia que criasse condições institucionais de evitar as violações sistemáticas aos direitos fundamentais, procurando arraigar o sentimento de obrigatoriedade de obediência aos mandamentos constitucionais e criar uma nova cultura jurídica democrática.

³³⁷ MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, *op. cit.*, p. 100 e 254. Todavia, posteriormente no mesmo trecho, afirma o Mestre paulista que "a temática das proibições de prova ressalta a idéia de que a atividade probatória deve ser limitada diante da tutela conferida pelo ordenamento a outros valores", indicando que seria a "tutela a outros valores" o critério justificador das proibições de prova (*ibidem*, p. 260). Também refere-se ao "elemento profilático, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça penal" (*ibidem*, p. 265), indicando o reconhecimento do efeito dissuasório como causa justificante do princípio da inadmissibilidade.

³³⁸ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO. *Op. cit.*, p. 331-332.

Assim, a inadmissibilidade das provas ilícitas teve sua concepção e desenvolvimento como um instrumento de política criminal, preordenada a incentivar o respeito aos direitos fundamentais. Possui uma teleologia de pedagogia judiciária, de forma que a sanção da violação conduza a uma progressiva obediência do regramento formal pelos seus executores. Portanto, o princípio da inadmissibilidade é uma forma de expressão do dever de proteção dos direitos fundamentais.

A instrumentalidade da garantia constitucional do princípio da inadmissibilidade é sua predisposição teleológica à proteção institucional dos direitos fundamentais materiais. Essa proteção não pode estar dirigida ao passado, pois o direito fundamental do caso concreto já está violado, mas é dirigida ao futuro ao criar um sistema que inadmita as violações aos direitos fundamentais. Considerando que diariamente os órgãos de persecução penal realizam atividades investigativas, procura-se criar um padrão de atuação policial que respeite os direitos fundamentais como parâmetros de conduta (dimensão objetiva) estabelecendo um contra-incentivo para a violação: a sanção processual da inadmissibilidade. Ao transformar a violação dos direitos fundamentais em um ato inútil de investigação, procuram-se dissuadir futuras violações.

Nos Estados Unidos, o argumento que justifica a inadmissibilidade das provas ilícitas é o efeito dissuasório às violações policiais (*deterrent effect of policial misconduct*)³³⁹. Sua clássica formulação jurisprudencial consta da decisão *Elkins v. United States* (1960), que afirmou que "a regra está calculada para evitar, não para reparar. Seu propósito é dissuadir — impor respeito pela garantia constitucional da única maneira efetivamente disponível — mediante a remoção do incentivo para ignorá-la"³⁴⁰. Sendo um instrumento de proteção institucional dos direitos fundamentais, a inadmissibilidade está, em regra, dirigida a um grupo específico de destinatários: aqueles agentes encarregados da persecução penal, que por sua atividade têm a possibilidade de reiterar as lesões aos direitos fundamentais.

³³⁹ V. *infra*, seção 3.2. Para uma discussão doutrinária destes argumentos, v. FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 297-346.

³⁴⁰ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206 (1960), p. 206, *apud* FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 302, tradução nossa.

Essa perspectiva estadunidense possui íntima correlação com a teoria alemã do fim de proteção: as proibições de prova devem ser vistas como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais (*Schutzzinstrumente der Individual- und Grundrechte*)³⁴¹.

Costa Andrade afirma que a teoria do fim de proteção é irrecusável no discurso das proibições de prova, ainda que entenda que esse não deve ser o único princípio de sistematização. Defende uma concepção dinâmica e contínua do problema das proibições de prova, "que encara o fim de proteção da norma como definindo o horizonte teleológico em que se inscreve a trajetória de normas em última instância orientadas para a valoração"³⁴².

O princípio da inadmissibilidade é uma penalidade imposta à persecução penal (em última análise à sociedade) em favor do indivíduo lesionado. Da mesma forma que o direito penal possui como fundamento a proteção de bens jurídicos, a garantia da inadmissibilidade está dirigida à proteção dos direitos fundamentais. Também, como toda pena, a aplicação da regra de exclusão há de obedecer a parâmetros mínimos de imputação de responsabilidade pela violação. Nesse ponto, é adequada a observação de Costa Andrade de que:

Se, numa primeira aproximação, as proibições de prova aparecem como institutos próprios do processo penal, a verdade é que elas assumem uma função marcadamente protectiva, análoga à do direito penal substantivo. O que explica a comunicabilidade com a dogmática do direito penal material e o apelo cada vez mais freqüente aos seus modelos de impositação e categorias.³⁴³

O carácter sancionador da garantia da inadmissibilidade atribui-lhe uma característica análoga à de prevenção geral da pena, na medida em que procura reafirmar genericamente o valor de uma norma de conduta de respeito aos direitos fundamentais às autoridades policiais (prevenção geral positiva) e inibir sua realização pela cominação da imprestabilidade dos elementos de convicção decorrentes da violação (prevenção geral negativa). Todavia, o efeito de prevenção especial não ocorre de forma direta, pois o agente concreto que realiza a violação, além de não ser pessoalmente responsabilizado com a sanção da inadmissibilidade, pode muitas vezes sequer tomar conhecimento das conseqüências de sua atividade investigativa no curso da ação penal. O efeito é indireto, na medida em que se pretenda

³⁴¹ Esta teoria foi inicialmente defendida por Rogall, tendo posteriormente adquirido vários adeptos. V. GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, § 138. Também citado em BÉNÉDICT, Jérôme. *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*. Lausanne: Pro Schola, 1994, p. 50.

³⁴² COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 106-7.

³⁴³ *Ibidem*, p. 79.

que uma polícia especializada se preocupe com os efeitos dos atos de seus membros e incentive um programa de investigação pautado em sua utilidade processual.

Diante desse caráter de sanção do princípio da inadmissibilidade, que é prevalente e informa seu sistema de aplicação, a utilização dos critérios de imputação objetiva próprios do direito penal material são essenciais à superação de problemas das provas ilícitas, como os conhecimentos fortuitos, o efeito à distância (ilicitude por derivação), os processos hipotéticos de investigação réplica dos comportamentos lícitos alternativos (descoberta inevitável), a ausência de dolo, insignificância da lesão e mesmo considerações de política criminal ante os valores em concurso³⁴⁴.

2.5.2 Fair trial

Por outro lado, ainda que essa perspectiva do fim de proteção do princípio da inadmissibilidade tenha um caráter preponderante na teleologia da garantia, não deve ser o único a ser levado em conta. São inegáveis as implicações éticas decorrentes das violações aos direitos fundamentais e o processo não pode estar alheio a essa interação ética necessária ao *fair trial*.

Dentro dessa perspectiva de integridade judicial, identificam-se duas linhas argumentativas. A primeira é relativa à *dimensão equitativa do processo* e estabelece que, toda vez que o acusado for colocado situação de desvantagem excessiva que coloque em xeque padrões mínimos de respeito a sua liberdade, será necessária uma proibição de prova. Uma violação da equidade compromete o *fair trial* e acarreta sempre a necessidade de uma exclusão da prova assim obtida. Entretanto, uma lesão a essa dimensão equitativa apenas é reconhecível em situações de graves violações à liberdade pessoal, como no interrogatório mediante tortura, interrogatórios extensos e coativos, uso do soro da verdade e outras atividades que instrumentalizem o investigado³⁴⁵. É possível identificá-la com as provas que jamais podem ser produzidas, diferentemente das demais provas que podem ser produzidas desde que obedecido determinado procedimento. Apenas devem entrar nessa consideração as violações mais graves

³⁴⁴ *Loc. cit.*

³⁴⁵ Segundo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos — TEDH, a inadmissibilidade das provas ilícitas não é exigência essencial para o *fair trial*, de sorte que sua lesão ocorre em situações muito limitadas de violação ao núcleo mais próximo da dignidade humana, como a tortura; v. subseção 3.3.1, *infra*.

aos direitos humanos, que se aproximem do núcleo da dignidade humana³⁴⁶. Essa área mínima e inviolável pode ser denominada de núcleo essencial da garantia da inadmissibilidade.

A segunda linha de análise do argumento da integridade judicial é a fundamentação ética em sentido estrito. Nessa linha, a inadmissibilidade é justificada pelo receio ético de que a admissão da prova redunde na confirmação de seus efeitos e na validade teleológica das violações dos direitos, tornando o juízo cúmplice do violador e maculando sua integridade. Também está ligada ao problema do menoscabo da função de prevenção geral da pena, pela substituição da criminalidade privada pela pública e pelo exemplo negativo do Estado aos seus cidadãos pela desobediência deste à lei. Nessa linha também é identificável o argumento da "superioridade moral do Estado". Justifica-se pela "função de justiça" da norma constitucional da inadmissibilidade.

É possível identificar situações nas quais o problema dessa convalidação teleológica da criminalidade pública ou da superioridade moral do Estado não está presente. Se não há dolo ou culpa grave, não há criminalidade pública nem convalidação teleológica, e, portanto, não há lesão à integridade judicial nessa perspectiva (podendo existir, conforme a situação, lesão ao postulado anterior da dimensão equitativa). Se a lesão dolosa é feita por um particular, e não pelo Estado, a análise do caso concreto deverá proporcionar parâmetros para balizar uma análise da efetiva lesão à integridade do julgamento.

A questão central dessa perspectiva da integridade judicial é analisar qual ética se está considerando: uma ética abstrata ou concreta — o que reconduz o problema, em última análise, à discussão filosófica do universalismo e do particularismo³⁴⁷. Sem enveredar pelos meandros dessa discussão milenar, deve-se propugnar por uma solução de equilíbrio entre os postulados abstratos de conduta e as possibilidades concretas de realização. A ética da convicção e a ética da responsabilidade (para utilizar a classificação de Max Weber) não podem andar separadas³⁴⁸, devendo-se procurar o equilíbrio entre o ideal e o real na pessoa humana em sua

³⁴⁶ No estudo do tratamento das provas ilícitas nos sistemas estrangeiros (*infra*, cap. 3), será visto que uma proscrição absoluta de provas obtidas com violações ocorre apenas em situações extremas, que comprometam esta liberdade de autodeterminação e lesem a paridade de armas.

³⁴⁷ Para uma análise deste tema, v. CASTRO, Marcos Faro de. Universalismo e particularismo como paradigmas da política. In: SOBRAL, Fernanda A. da Fonseca; PORTO, Maria Stella Grossi (orgs.). *A contemporaneidade brasileira: dilemas e desafios para a imaginação sociológica*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001, p. 259-278.

³⁴⁸ Para uma análise destas duas éticas e sua relação com a política, v. BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos*. Trad. Daniela Baccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p.

plenitude, no homem como individualidade e como membro da comunidade, cujos interesses devem ser constantemente sopesados. Assim, a ética do processo não pode se afastar da proporcionalidade como critério de ética pública, do necessário equilíbrio entre as garantias individuais e a funcionalidade do processo, especialmente nas situações extremas nas quais a aplicação cega de um postulado abstrato pode conduzir a resultados concretos distorcidos. Assim, em ponderação com a teleologia da garantia da inadmissibilidade, deve ser considerado o direito à prova no processo penal, tanto de defesa quanto de acusação. Esse direito também é expressão da funcionalidade do processo, decorrente do dever de proteção penal.

Como será visto no próximo capítulo, em vários países a avaliação da integridade da justiça abarca não apenas a eventual lesão que a admissão da prova acarreta para a reputação da justiça, mas também o efeito negativo que sua exclusão gera para a justiça, mediante o descrédito no sistema em razão da absolvição de um culpado, com provas cabais decorrentes de violações pequenas, especialmente se comparadas à gravidade do ilícito. Portanto, a eventual lesão à eticidade do processo se define pela análise do caso concreto em ponderação com os demais interesses envolvidos, ou seja, por meio do princípio da proporcionalidade.

2.5.3 Articulação da teleologia

Fixados esses três vetores da teleologia das provas ilícitas, cumpre esclarecer como ocorrerá sua articulação no caso concreto. A teleologia central da garantia da inadmissibilidade é o efeito dissuasório. A garantia da inadmissibilidade, como sanção que é, não protege o direito fundamental já violado, mas o sistema de direitos fundamentais; portanto, sem a necessidade de proteção a esse sistema (*efeito dissuasório*) não há necessidade (*prima facie*) da exclusão da prova. A análise do efeito dissuasório (necessidade da sanção) ocorre com o auxílio de elementos da dogmática penal³⁴⁹, tais quais: insignificância da lesão, subsidiariedade (eficácia suficiente de outros instrumentos dissuasórios), exclusiva proteção de bens jurídicos (direitos fundamentais materiais), necessidade (não aplicação da garantia aos casos que não demandem necessidade de efeito dissuasório, tais quais as violações de particulares), tipicidade lesiva (ação

195-197. Afirma Bobbio que uma postura radical de moral deontológica é própria do fanático, e da moral utilitarista é própria do cínico, concluindo que deve haver uma ligação entre estas éticas. Cremos que esta ligação se dá com o princípio da proporcionalidade, maximizando os postulados ideais e compatibilizando-os com as limitações práticas.

³⁴⁹ Para uma análise dos institutos a que se refere o texto, v., dentre outros, PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, v. 1, *passim*.

dolosa ou com culpa grave, resultado significativamente lesivo, nexos de causalidade, e tipicidade de uma violação ao direito constitucional). A tipicidade lesiva de um direito fundamental na obtenção da prova é indiciária da lesão à *integridade judicial* caso haja sua admissão (antijuridicidade), que poderá, contudo, ser afastada em situações excepcionais mediante uma análise de proporcionalidade (as excludentes da ilicitude não deixam de ser uma expressão concreta da proporcionalidade).

Apesar dessa projeção futura, a garantia da inadmissibilidade possui também uma ligação com a violação pretérita e com suas conseqüências éticas. Assim, mesmo que não haja necessidade do efeito dissuasório, caso a prova viole de forma sensível a liberdade de autodeterminação e os direitos fundamentais que estão mais próximos do núcleo da dignidade da pessoa humana, a exclusão deve se impor em nome da *dimensão eqüitativa do processo*. Trata-se de conseqüência decorrente do vetor central do ordenamento que é a dignidade da pessoa humana, e de uma concepção de *fair trial* que deve orientar o processo. Essa dimensão eqüitativa do processo não está ligada ao efeito dissuasório, mas destina-se a evitar uma injustiça concreta consistente na violação da paridade de armas. Todavia, essa perspectiva de violação da liberdade de autodeterminação que acarreta lesão à dimensão eqüitativa do processo (que aqui se denominou como o núcleo essencial da garantia) não está presente em todas as situações, de sorte que há um razoável espectro de área susceptível de ponderação.

Delimitando esse horizonte teleológico do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, poder-se-á ponderar sua máxima efetividade quando em eventual colisão com outro princípio constitucional.

2.6 Provas ilícitas e a instrumentalidade do devido processo penal

2.6.1 Proposta de equilíbrio entre a garantia e a funcionalidade

Conforme analisado no capítulo anterior, a introdução da proporcionalidade na instrumentalidade do processo penal acarreta-lhe um caráter dúplice, de proibição de insuficiência e de excesso, expressos na viabilização das duas finalidades básicas do direito penal: garantir o indivíduo contra o arbítrio punitivo do Estado e garantir a sociedade mediante a aplicação do direito penal ao caso concreto (instrumentalização da função de proteção dos bens

jurídicos). Essa dupla finalidade também se estende ao processo penal, que deve ser garantista, no sentido individual, mediante o estabelecimento de mecanismos racionais de controle da incerteza do julgamento e de limitação da violência pública, bem como deve ser funcional, na medida em que maximiza a realização prática do direito penal, que é um direito de coação indireta, já que apenas se realiza dentro do processo penal³⁵⁰. Essa dupla instrumentalidade do processo penal torna-o um filtro do direito penal máximo (garantismo) e realizador do direito penal mínimo necessário (funcionalismo). Tal perspectiva de processo penal proporcional regula diretamente nosso problema das provas ilícitas.

Essas considerações sobre a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas demandam sua inscrição da perspectiva de Estado sobre a qual se trabalha. Na perspectiva do Estado liberal, ter-se-á um Estado meramente observador, inerte frente aos problemas concretos. Na perspectiva do Estado Social (apenas), surgirá o que Gössel denominou de Estado policialesco, que elevará os (pseudo) interesses sociais à estatura de valores supremos. A síntese há de surgir do Estado de Direito Democrático e Social, no qual o sistema de direitos fundamentais reflete a relação substancial de concorrência na qual se encontram o indivíduo e a comunidade e se exprime na dignidade da pessoa humana em sentido personalista, conforme já apresentado.

Não há vácuos de poder. No Estado meramente observador, a ausência de uma postura ativa do Estado será substituída pela ação do crime organizado e outras expressões de criminalidade. Segundo Gössel, os extremos do Estado policialesco e do Estado observador devem ser substituídos pelo Estado [Democrático] de Direito, que necessariamente alberga uma postura equilibrada entre os interesses individuais e coletivos. Afirma:

Todas as concretas propostas de soluções, enquanto soluções efetivas, têm que ocupar uma razoável *posição média* entre um Estado débil e um Estado forte, e têm que mostrar-se como consequência de uma ponderação adequada dos interesses da persecução penal com os interesses individuais.³⁵¹

A inadmissibilidade das provas ilícitas, como princípio geral de avaliação, é decorrência do Estado de Direito, como conjunto de princípios limitativos de arbitrariedades no

³⁵⁰ Expressão cunhada por Manzini e utilizada por Tucci: TUCCI. *Direitos e garantias individuais...*, *op. cit.*, p. 27-28.

³⁵¹ GÖSSEL. *La búsqueda de la verdad...*, *op. cit.*, p. 676.

modo de coleta de provas criminais³⁵². O Estado de Direito, ao autolimitar sua atuação repressiva a padrões de conformação com o Direito positivo, procura conciliar de forma prática seus vetores de proteção penal e proteção individual. Contudo, esse Estado de Direito não deve ser meramente liberal, mas democrático, que não toma por absolutos os valores singulares, mas compatibiliza-os com os interesses comunitários³⁵³. Uma perspectiva absoluta do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas constitui, nas palavras de Barbosa Moreira, um "autêntico fantasma retardatário de um tipo de individualismo exasperadamente anti-social"³⁵⁴.

Na compatibilização da garantia com os demais princípios concorrentes, deve-se ter o máximo cuidado para não resvalar a argumentação jurídica em um discurso de segurança nacional, do tipo *crime control* ou *law and order*, que se fundamenta na histeria repressiva para criar um ambiente de irracionalidade punitiva³⁵⁵. A inadmissibilidade das provas ilícitas, segundo lição de Prado, funciona como uma barreira à regressão a um sistema inquisitivo, no qual a verdade seja perseguida a qualquer preço³⁵⁶.

Todavia, qualquer perspectiva que não seja cética quanto à utilidade moral e operacional do direito penal há de reconhecer uma tensão de valores constitucionais sobre a instrumentalidade do processo e há de incorporar no próprio conceito de *due process* o equilíbrio das garantias individuais com a funcionalidade do processo. Essa compatibilização entre as garantias e a funcionalidade há de realizar-se mediante um teleologismo racional, com o subsídio de categorias preponderantemente objetivas para a consideração da existência, ou não, da ilicitude e permitir a controlabilidade da motivação da decisão de admissão da prova perante o caso concreto³⁵⁷. Para delineamento dessas tensões, analisar-se-ão as críticas recíprocas da garantia da inadmissibilidade e da funcionalidade do processo, como princípios de orientação.

³⁵² Posição defendida por Carnáuba, que é aqui endossada; v. CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 13-18.

³⁵³ Sobre o Estado Democrático de Direito, como síntese e superação dos Estados liberal e social, v. SILVA, J. A. *Op. cit.*, p. 112-122.

³⁵⁴ BARBOSA MOREIRA. *Op. cit.*, p. 27.

³⁵⁵ Para uma comparação das linhas de procedimento penal fundadas de forma extrema em perspectivas de *crime control* e de um *due process* individualista, v. TULKENS, Françoise. O procedimento penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais. In: DELMAS-MARTY, Mireille. *Processo penal e direitos do homem*. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 5-17, especialmente p. 11-13.

³⁵⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 143.

³⁵⁷ Estas categorias serão tratadas no cap. 4, *infra*.

2.6.2 Críticas à garantia sob a perspectiva da funcionalidade

O grande movimento de reforma do processo penal durante o século XVIII foi atenuar o máxima *salus publica suprema lex* e compatibilizar os interesses do Estado com os limites inerentes à dignidade da pessoa humana³⁵⁸.

Em nosso problema das provas ilícitas, a grande dificuldade é definir o nível de lesão que necessariamente ativará a garantia constitucional do princípio da inadmissibilidade, pois segundo Fidalgo Gallardo, "adotando uma posição ultragarantista sempre é possível encontrar alguma investigação com infração constitucional na atuação irregular de produção de material probatório [...], por mínima que tenha sido tal irregularidade"³⁵⁹.

É certa a exigência de um mínimo de forma para a existência do sistema probatório, pois há necessidade de filtros processuais para garantirem a certeza sobre o conteúdo da prova (verossimilhança), permitindo a segurança da investigação probatória contra o erro (limitações por razões processuais). Assim, os meios de prova que comprometem a integridade da informação devem ser excluídos, tais quais o interrogatório mediante tortura ou coação. Contudo, a inadmissibilidade das demais provas ilícitas é estabelecida por critérios políticos de preservação do sistema de proteção dos direitos fundamentais, não por critérios lógicos. Na verdade, foge à lógica afirmar a inocência de um acusado pelo fato de desconsiderar-se uma prova verídica de sua culpabilidade por critérios outros, políticos³⁶⁰.

O processo já foi descrito por Calamandrei como um jogo, inscrito no quadro das incertezas³⁶¹. A inadmissibilidade das provas ilícitas acentua ainda mais esse caráter especulativo do processo, aumentando sua álea e incerteza. E mais: retira a verdade do processo da incursão no erro, humanamente justificável, para incorrer na mentira, que é um juízo deliberadamente errado³⁶². A inadmissibilidade das provas ilícitas é um fator de restrição da busca da verdade real, que gera uma verdade processual cada vez mais afastada da realidade.

O princípio da inadmissibilidade, eleito pela Constituição como uma pauta de ação nas situações gerais, deve ser conciliado com a razoabilidade inerente ao devido processo

³⁵⁸ Neste sentido: LÓPEZ ORTEGA. *Op. cit.*, p. 125.

³⁵⁹ FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 39.

³⁶⁰ Aqui utiliza-se o termo prova em sentido genérico, não técnico. V. subseção 2.2.4.

³⁶¹ LUCA. *Op. cit.*, p. 191.

³⁶² Sobre as relações filosóficas do erro e do falso na verdade, v. CHAUI. *Op. cit.*, p. 98.

proporcional, que demanda uma eficiente realização prática da função social do direito penal na sociedade pós-moderna (cada vez mais demandando uma expansão do direito penal como instrumento de controle social³⁶³). O mandado de otimização de criar um sistema de garantia aos direitos fundamentais deve ser a regra, mas há de haver exceções, sob pena de distorção do sistema.

A inadmissibilidade das provas ilícitas é um preço que se paga no altar dos direitos fundamentais, destinado a criar um sistema de proteção. Ocorre que, em muitas situações, a eficiência da garantia é questionável, e o preço que se paga é alto demais para compensar suas respectivas perdas.

Há estudos que concluem que a ausência de uma punição direta ao violador torna inócua a aplicação da sanção da inadmissibilidade, do ponto de vista do efeito dissuasório³⁶⁴. Esse efeito dissuasório é especialmente questionável diante da possibilidade concreta do *cinismo policial*, através do qual policiais podem simular situações lícitas de atuação para "maquiar" eventuais irregularidades que possam gerar a ilicitude da prova.³⁶⁵ Segundo Pizzi, um efeito dissuasório efetivo deve ser alcançado por outras vias que não pela *exclusionary rule*:

Muito vai depender da qualidade dos que são selecionados para se tornarem policiais, o treinamento e o apoio que eles recebem, as prioridades que os oficiais estabelecem, bem como da estrutura de comando do departamento de polícia, os mecanismos disciplinares que são utilizados para punição dos ofensores, os remédios civis que estão disponíveis quando policiais destratam os cidadãos, e assim sucessivamente.³⁶⁶

Pizzi também acrescenta que não se pode confundir as atuações da polícia com os interesses da vítima e da sociedade, representados pela promotoria de justiça:

O que é problemático sobre a regra de exclusão é que ela não vê uma distinção formal entre a promotoria e a polícia e trata-os como se fossem um. Essa é mais

³⁶³ Sobre a demanda por mais controle social através do direito penal nas sociedades pós-industriais, v. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

³⁶⁴ Ver citação de vários estudos em OSBORN, Debora. Suppressing the truth: judicial exclusion of illegally obtained evidence in the United States, Canada, England and Australia. *Murdoch University electronic journal of law*, v. 7, n. 4, dez. 2000. Disponível em: <<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n4/osborn74.html>>. Acesso em: 24 mar. 2005. §§ 95-99. Também: FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 342-346.

³⁶⁵ Nos Estados Unidos, esta prática é conhecida como *testilying* (mistura de *testifying* com *lying* — ato do policial de mentir no testemunho). Para uma visão do cinismo policial, v. FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 374-6.

³⁶⁶ PIZZI, Willian. Technicalities and Truth: The Exclusionary Rule. In: _____. *Trials without truth*. Nova Iorque, Londres: New York University Press, 1999, cap. 2, tradução nossa.

uma manifestação da "mentalidade adversarial": se alguém não está no lado da defesa, deve estar no lado do "Estado".³⁶⁷

Essa "mentalidade adversarial" referida por Pizzi, criada pela punição à sociedade pela infração individual do policial, distorce a aplicação da regra ao negligenciar outros valores também constitucionais como parâmetros para a justiça, como o controle da criminalidade, o funcionamento eficaz do sistema jurídico, respeito à lei, proteção das vítimas, paz social e responsabilidade individual. Gera, nas situações extremas, uma crise de legitimidade, ao dissociar o conteúdo da garantia constitucional à vontade democrática a que ela deve estar submissa³⁶⁸. Ainda que a vontade popular (manipulável pela *mass media*) não possa ser tomada como referencial absoluto de legitimidade, não se pode negligenciar a situação de perplexidade e indignação que acomete os cidadãos quando um acusado de crimes graves é inocentado e liberado ao convívio social mediante a desconsideração de meios de prova verossímeis de sua culpabilidade. Essa sensação coletiva de impunidade institucionalizada cria a apreensão de que o sistema de justiça criminal está distorcido, com valores de justiça invertidos: ao invés de se julgar o acusado, julga-se a polícia.

Por fim, a inadmissibilidade das provas ilícitas possui um alto custo social. No controle do crime organizado, delitos financeiros, ambientais, contra as finanças públicas e as novas formas de criminalidade da sociedade pós-industrial, mais relevante que expandir indeterminadamente o campo punitivo do direito penal material é estabelecer um instrumental persecutório apto a atingir os fins da justiça penal.

A justiça social fica especialmente comprometida quando se verifica que a própria inadmissibilidade das provas ilícitas opera como um instrumento de imunização da criminalidade da classe alta, pois os crimes do colarinho branco e delitos burocráticos são formas de delinqüência cometidas na proteção da intimidade, diferentemente dos crimes de rua. Apenas pode alegar violação ao domicílio aquele que possui um, relativizando-se (de forma iníqua) a garantia aos que não possuem de fato intimidade (imagine-se a situação de um morador de um cortiço no qual a sala de estar é a varanda de todos os barracos — situação não rara no Brasil...).

³⁶⁷ *Loc. cit.*

³⁶⁸ Para uma análise dos problemas de ausência de legitimidade na aplicação extremada da garantia da inadmissibilidade e a necessidade de consideração da realização da justiça como parâmetro, v. CARNAÚBA. *Op. cit.*, p. 56-67. Analisando o problema do descontentamento social nos Estados Unidos, v. FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 376-7; e PIZZI. *Loc. cit.*

Apenas pode alegar sigilo bancário aquele que possui recursos financeiros suficientes para movimentar uma conta bancária, e sigilo fiscal aquele que teve rendimentos suficientes para fazer uma declaração de renda e não apenas uma declaração de isento (quando está inserido na economia formal e necessita do CPF). Apenas está coberto pela garantia aquele que possui direitos a serem garantidos, o que naturalmente exclui uma parcela enorme da população. Em sua operação prática, a garantia da inadmissibilidade acaba por distorcer ainda mais a seletividade do sistema de justiça criminal, dificultando a persecução penal dos crimes da classe alta (sonegação fiscal, crimes contra o sistema financeiro, contra a economia popular, lavagem de dinheiro, evasão de divisas etc), que muitas vezes subtraem recursos do Estado para possibilitar sua aplicação em projetos sociais, criando o que Baratta denominou de "zonas de imunização para comportamentos cuja danosidade se volta particularmente contra as classes subalternas"³⁶⁹.

Assim, devem ser consideradas cinco críticas à garantia da inadmissibilidade sob a perspectiva da funcionalidade³⁷⁰: primeiro, nem sempre a inadmissibilidade da prova irá permitir um efeito dissuasório efetivo; segundo, nem sempre a admissão de provas verídicas, ainda que obtidas com alguma violação material, acarretará a injustiça do julgamento, o que dependerá da análise da dimensão equitativa decorrente da admissão da prova no caso concreto; terceiro, em muitas situações (especialmente diante de crimes mais graves), a inadmissibilidade da prova (elemento de convicção) obtida de forma ilícita, mas *prima facie* verídica, causa muito mais descrédito à integridade judicial que a sua admissão, sob uma perspectiva comunitarista; quarto, a inadmissibilidade constitui, em muitas situações, um instrumento de imunização da classe alta contra seus delitos burocráticos; e quinto, levando em conta o alto custo social da inadmissibilidade e sua relativa ineficiência em determinadas situações, ainda que estabelecida pela Constituição como um princípio de ação para as situações normais, a inadmissibilidade das provas ilícitas não é um princípio absoluto, mas deve ser ponderada com os demais princípios conflitantes.

³⁶⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 176.

³⁷⁰ Aqui novamente utiliza-se o termo prova em sentido genérico, não técnico. V. subseção 2.2.4.

2.6.3 Críticas à funcionalidade sob a perspectiva da garantia

Apesar das críticas sobre o não comprovado efeito dissuasório da inadmissibilidade das provas ilícitas, este foi o padrão eleito pela Constituição para tratar o problema. Um caminho mais simbólico que efetivo de proteção dos direitos fundamentais, como uma espécie de punição do desvio policial como forma de reafirmar a validade jurídica da norma de proteção (prevenção geral positiva de integração), ainda que a punição seja dada à sociedade e não diretamente ao infrator. Essa opção da Constituição deu-se possivelmente pela descrença na possibilidade de operacionalização dos instrumentos alternativos de proteção às violações policiais, como a punição disciplinar do infrator, indenizações cíveis pela vítima ou responsabilização criminal pelo ilícito³⁷¹. Especialmente as ações civis de indenização apresentam como problemas o medo da exposição da vítima da violação, ignorância da possibilidade de ser indenizado ou mesmo os riscos de eventuais ônus de sucumbência.

Eleita a inadmissibilidade como princípio constitucional, cumpre analisar se sua flexibilização poderá ensejar um retrocesso ao autoritarismo e à repressão pelos órgãos de persecução penal. Alerta Weisselberg que as exceções paulatinamente introduzidas pela Corte Suprema estadunidense à *exclusionary rule* (desacompanhadas de uma responsabilização pessoal do infrator) pode causar a deterioração do nível de observância dos mandamentos constitucionais. Weisselberg cita que uma palestra de treinamento de policiais na Califórnia na qual o palestrante deliberadamente orientava os policiais a como violar as regras relativas aos *Miranda warnings* sem acarretar a exclusão da prova pelos tribunais e permitir utilizações colaterais da prova³⁷². Ainda que não haja comprovação cabal do efeito dissuasório, não se negligencia que a anomia total de regras para o tratamento das provas ilícitas pode acarretar riscos ao sistema de proteção dos direitos fundamentais, permitindo o recrudescimento policial.

³⁷¹ Ainda que existam propostas concretas de operacionalização de sistemas alternativos de proteção contra as violações que não através da *exclusionary rule*. V. proposta de OSBORN. *Op. cit.*, §§ 119-135.

³⁷² WEISSELBERG, Charles D. *Saving Miranda*. In: KAMISAR, Yale *et al.* *Modern criminal procedure: cases, comments & questions* (Yale Kamisar, Wayne LaFave, Jerold Israel e Nancy King). 10. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2002, p. 801-803. No caso, o palestrante orientava os policiais a realizarem o interrogatório *outside Mirada*, ou seja, mesmo que o interrogado afirmasse que desejava utilizar seu direito ao silêncio, lecionava-se que o policial deveria continuar a interrogar para descobrir pistas sobre outras provas do crime, bem como para que as afirmações por fora da garantia de Miranda fossem utilizadas na exceção de *impeachment* (sobre esta exceção, v. *infra*, item 3.2.4.2).

A flexibilização no tratamento das provas ilícitas também pode acentuar ainda mais a seletividade do sistema de justiça criminal. Se, por um lado, a própria garantia é um instrumento de imunização da classe detentora do poder de definição penal (como visto acima), por outro lado, eventual flexibilização pode trazer o perigo de afrouxamento das garantias para os clientes preferenciais do sistema, o que conduz à necessidade de maiores cuidados quando a ponderação de interesses se der em relação a esses réus mais vulneráveis ao sistema.

Vista a pesquisa da verdade no processo como uma relação de saber-poder, conforme a já explanada teoria de Foucault³⁷³, o processo se revela como um palco de reprodução de poder. Segundo Bourdieu, toda pessoa possui um capital simbólico, que se exterioriza mediante um conjunto de significações de poder que se associam ao indivíduo para identificá-lo como pertencente a determinado grupo de poder e avaliar sua importância segundo esses critérios. Esse sistema das trocas simbólicas não é um complô maquiavélico e consciente dos agentes do sistema de justiça, mas uma rede de simbolismos inconscientes, subjacentes à interação social. Essas relações de poder permeiam o discurso jurídico e o processo pode acabar se expressando como um instrumento de violência simbólica reprodutiva da ordem social³⁷⁴.

A ponderação de interesses apresenta-se como uma argumentação jurídica diante de hipóteses conflitantes, que se revela no processo mediante a dialética do contraditório entre as partes (acusação e defesa). Levando-se em conta que no Brasil a grande maioria dos acusados é pobre (porque, em grande parte, o sistema penal é direcionado para eles) há uma ausência de voz ativa no discurso processual que impede que a argumentação jurídica defensiva seja plena e possibilita que a lógica repressiva tenha uma maior probabilidade de imposição, em um monólogo acusatório tendente ao discurso de defesa social. A ausência de uma defensoria pública forte, bem equipada, valorizada e com bons salários (ainda que com honrosos e hercúleos representantes), acarreta muitas vezes uma defesa meramente formal, que não completa o diálogo processual e arrisca acentuar a já desfavorável seletividade do sistema penal ao estrato social que

³⁷³ *Supra*, subseção 2.2.1.

³⁷⁴ Para uma visão da perspectiva de Bourdieu, v. BOURDIEU, Pierre. *O campo econômico: a dimensão simbólica da dominação*. Trad. Roberto Leal Ferreira. Campinas: Papyrus, 2000, especialmente os cap. 2, 3 e 4. Para a relação desta perspectiva do poder simbólico com o direito, mediante a construção de um "campo jurídico" reprodutivo das desigualdades sociais: Idem. A força do direito. In: _____. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, cap. 8, p. 209-254. Em sentido semelhante, ressaltando a ligação da prova com a linguagem hermenêutica e o problema da verdade argumentativa como manifestação de poder simbólico, com base nos ensinamentos de Tércio Sampaz, v. DUCLERC. *Op. cit.*, p. 154-157.

necessita dos serviços da defensoria pública, bem como fragilizar a garantia da inadmissibilidade preferencialmente para esse estrato. Sobre o tema, afirma Baratta que "a distância lingüística que separa julgadores e julgados, a menor possibilidade de desenvolver um papel ativo no processo e de servir-se do trabalho de advogados prestigiosos, desfavorecem os indivíduos socialmente mais débeis"³⁷⁵.

Dessas considerações sobre os riscos de anomia pela flexibilização da garantia, da seletividade do sistema e da abertura argumentativa da ponderação de interesses, concluímos que uma relativização da garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas há de ocorrer de forma que se permita a menor abertura possível aos espaços de discricionariedade judicial, mediante o recurso a categorias objetivas que permitam o controle da decisão. Apesar de toda crítica que se possa fazer às construções dogmáticas, essas ainda são o recurso de que o Direito dispõe para estabelecer padrões de decidibilidade minimamente objetivos e racionais³⁷⁶. Não uma dogmática cega, positivista, mas calcada numa hermenêutica consciente da permeabilidade do discurso jurídico às forças de poder e vinculada à correção dessas influências mediante o direcionamento do direito a uma perspectiva emancipatória, afirmativa da dignidade da pessoa humana como fim último da ordem jurídica. Essas críticas à flexibilização permitem concluir que a ponderação de interesses direta *pro societate*, sem quaisquer outras balizas³⁷⁷, deve se realizar apenas como uma exceção à regra geral da inadmissibilidade, tendo na meta de objetividade e na motivação da decisão seu parâmetro de controle da legitimidade da ponderação, segundo um procedimento coerente de argumentação jurídica sobre a preferência condicionada entre os princípios em colisão³⁷⁸.

³⁷⁵ BARATTA. *Op. cit.*, p. 177. Desenvolvidamente sobre a seletividade como lógica de funcionamento do sistema penal, v. ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 259-276.

³⁷⁶ Sobre a necessidade e racionalidade da argumentação dogmática para a argumentação jurídica, juntamente com outros argumentos, em especial argumentos práticos de tipo geral, v. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 240-261. Segundo Alexy, a dogmática possui as funções de estabilização, de progresso, de descarga, técnica, de controle e heurística; v. *ibidem*, p. 255-260.

³⁷⁷ Como as que serão apresentadas *infra*, cap. 4.

³⁷⁸ Sobre a importância da argumentação jurídica para a concretização jusfundamental, v. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 529-554. Idem. *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit., passim*.

2.7 Considerações finais

Segundo Barbosa Moreira, "se puxarmos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por largo tempo, quando seja liberado ele, fatalmente, se moverá com força equivalente no sentido oposto"³⁷⁹, concluindo que "a melhor forma de coibir um excesso e de evitar que se repita não consiste em santificar o excesso oposto"³⁸⁰.

Em sua intenção de estabelecer limites à descoberta da verdade, evitando a construção de um sistema processual inquisitivo e degradante dos direitos fundamentais, o constituinte brasileiro optou por uma fórmula aparentemente rígida de tratamento do problema das provas ilícitas, destinada a alterar a cultura jurídica nacional para um sistema que respeite o valor humano subjacente à estrutura constitucional construída em 1988.

Mesmo os mais ferrenhos defensores de uma interpretação rígida do princípio da inadmissibilidade reconhecem que, após um período inicial mais intransigente de ambientação com o novo sistema de inadmissibilidade, será necessária uma correção de interpretação para compatibilizar o sistema de proteção com os demais vetores também em concurso³⁸¹. Todo excesso é pernicioso pois, como diziam os romanos, "a virtude está no equilíbrio".

A proposta do presente trabalho de equilíbrio entre a garantia da inadmissibilidade e a funcionalidade do processo não é uma concepção solitária. Ao contrário, uma posição extremada e inflexível da inadmissibilidade é que não encontra guarida em outros sistemas jurídicos estrangeiros. O capítulo seguinte analisará os sistemas jurídicos de alguns outros países e demonstrará que a postura de compatibilização dos interesses em conflito no processo penal é uma constante em todos eles, apesar das peculiaridades de cada um.

³⁷⁹ BARBOSA MOREIRA. *Op. cit.*, p. 26.

³⁸⁰ *Loc. cit.*

³⁸¹ Barroso é frontalmente contra a admissão da proporcionalidade na consideração das provas ilícitas em razão da ausência de um sentimento constitucional consolidado de respeito aos direitos fundamentais. Afirma: "Não percorremos, ainda, os ciclos do amadurecimento e da civilização. Impõe-se, por esta razão, algum radicalismo principiológico" Todavia, não deixa de concluir que oportunamente serão necessárias correções sobre o radicalismo: "Os temperamentos e atenuações terão de vir depois. Precisamos nos libertar primeiro, do estigma da doutrina de exceção: na sala a retórica humanista, nos fundos o *pau de arara*". BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e as provas ilícitas. In: _____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 222.

3 TRATAMENTO DAS PROVAS ILÍCITAS EM SISTEMAS JURÍDICOS ESTRANGEIROS

3.1 Considerações iniciais

O presente capítulo realizará um breve estudo da evolução da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos nos sistemas jurídicos de outros países, explicitando os casos em que há uma abordagem de equilíbrio proporcional razoável na tensão da produção da prova.

As referências sobre o tratamento do problema das provas ilícitas em outros países é um recurso extremamente útil à crítica do sistema nacional, desde que tomadas as devidas cautelas para não se importar os institutos sem a devida adequação ao regramento constitucional pátrio e à cultura jurídica brasileira.

Decidiu-se realizar referências mais aprofundadas aos sistemas de três países: Estados Unidos, Alemanha e Espanha. Ao final, serão realizadas breves referências a outros países, para completar uma visão panorâmica do problema.

O sistema estadunidense é de estudo obrigatório, já que as regras de exclusão têm nascedouro nas decisões da Corte Suprema dos Estados Unidos, e seu sistema de *exclusionary rules* tem influenciado vários outros países. Será dada especial atenção a esse sistema, já que, muitas vezes, uma citação seletiva de precedentes da Corte Suprema não corresponde efetivamente ao estado de franco declínio de uma regra de exclusão absoluta, especialmente após a década de 70.

A Alemanha também é contraponto necessário, já que é o berço da moderna construção do princípio da proporcionalidade, possui um sistema mais flexível sobre as proibições de prova (*Beweisverbote*), e seus estudos sobre a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade na validação de provas ilícitas têm influenciado vários outros

países da Europa continental. Antes de adentrar no estudo do sistema alemão, far-se-á uma breve referência ao tratamento do problema pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos — TEDH, que tem influenciado os países da Europa que aderiram à Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Finalmente, foi escolhida a Espanha como terceiro paradigma. A Espanha é um país com sistema jurídico de origem romano-germânica, com uma estrutura constitucional semelhante à brasileira, pois lá se reconhece a existência de uma regra de exclusão de estatura constitucional, ainda que implícita no princípio da presunção de inocência, a qual é explicitada em nível infraconstitucional. Após o ano de 1998, o Tribunal Constitucional espanhol tem procedido à construção de uma série de mitigações à regra de exclusão que ainda não foram objeto de análise pela doutrina pátria e que podem ser fecundas para lançar luz sobre o futuro de nossa doutrina e jurisprudência sobre o tema.

No estudo dos países, será utilizado o seguinte roteiro para comparação dos critérios de solução dos problemas das provas ilícitas: fundamento da existência da regra de exclusão; análise de casos paradigmáticos na aplicação de critérios de razoabilidade/proporcionalidade na aplicação das regras de exclusão (exceção de boa-fé, provas adquiridas por particulares, lesão de direitos de terceiros etc); tratamento da ilicitude por derivação (aceitação da teoria e respectivas exceções). O estudo pretende recolher, de forma indutiva, os critérios de tratamento das exceções à inadmissibilidade de provas ilícitas, para reconstruir um sistema geral de exceções aplicável ao ordenamento jurídico nacional.

3.2 Estados Unidos

3.2.1 Emendas Constitucionais que ensejaram a criação das regras de exclusão (exclusionary rules)

Os Estados Unidos da América são o berço das modernas construções das regras de exclusão de provas obtidas por meios ilícitos (*exclusionary rules*), tendo influenciado a legislação e jurisprudência de vários países.

As regras de exclusão são uma construção jurisprudencial 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 doutrinários³⁸².

Durante sua formação, foi objeto de acirrado debate a autoridade da Corte Suprema para estabelecer a regra de exclusão, frente às divisões de poderes entre Legislativo e Judiciário, bem como entre Poderes Federal e Estaduais. Também foram tema de progressiva definição as cláusulas constitucionais que exigiam a regra de exclusão e os argumentos que a justificam.

Foi a partir da Quarta Emenda que a Corte Suprema criou originalmente a regra de exclusão, estabelecendo um campo de proteção à privacidade (*privacy*) contra as intromissões ilegítimas do Estado quando em abuso da atividade de investigação e persecução de delitos. Estabelece essa Emenda:

O direito das pessoas a estarem protegidas em suas pessoas, casas, documentos e efeitos, contra registros e confiscações desarrazoadas, não será violado, e não se emitirão autorizações de registro e confisco se não baseadas em causa provável, apoiadas por juramento ou promessa, e descrevendo detalhadamente o lugar a registrar, e as pessoas e objetos a confiscar³⁸³.

Essa Emenda, criada ainda num momento histórico de proscrição contra os abusos da metrópole britânica, traz duas cláusulas: uma reconhecendo o direito à proteção da intimidade da pessoa e outra estabelecendo os requisitos para a violação da intimidade do domicílio. Diante da importância que a privacidade possui na consciência estadunidense, o regime das buscas e apreensões (*searches and seizures*) foi objeto de inúmeras decisões jurisprudenciais que paulatinamente construíram a regra de exclusão, apesar de esta não estar expressamente prevista na Emenda. Cumpre registrar que um dos requisitos de validade do mandado de busca e apreensão era sua razoabilidade (*reasonableness*), requisito esse que, ainda

³⁸² Para uma visão sistêmica das diversas decisões da Suprema Corte em Direito Processual Penal, conferir a obra coletiva KAMISAR, Yale *et al.* *Modern criminal procedure: cases, comments & questions* (Yale Kamisar, Wayne LaFave, Jerold Israel e Nancy King). 10. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2002, *passim*. Uma visão panorâmica pode ser obtida em BRADLEY, Craig M. United States. In: BRADLEY (ed.). *Criminal procedure: a worldwide study*. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 1999, p. 395-424.

³⁸³ Tradução nossa do texto original: “*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 upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized*”.

que vago, equivale a ponderado, equilibrado, adequado às circunstâncias, e recebeu um conteúdo concreto na casuística da construção jurisprudencial.

A Quinta Emenda também foi relevante para a construção da regra de exclusão. Determina que “nenhuma pessoa [...] será obrigada em nenhum caso criminal a declarar contra si mesma, nem será privada de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal[...]”³⁸⁴. A Emenda traz duas disposições: o privilégio contra a auto-incriminação forçada e a criação do devido processo legal. A posterior criação de uma perspectiva substantiva para o devido processo, no início do século XX, foi um dos instrumentos de que mais se utilizou a Corte Suprema para realização do controle de constitucionalidade ante o parâmetro da razoabilidade, ao analisar se as leis eram materialmente “devidas”.

A Sexta Emenda introduziu o direito à assistência de advogado. Estabelece que “Em todos os procedimentos penais, o acusado desfrutará do direito [...] a ser confrontado com as testemunhas contra si, a poder convocar testemunhas a seu favor mediante ordem do Tribunal, e a gozar de Assistência de Advogado para sua defesa”³⁸⁵. Também declarou o direito a um julgamento rápido e público, e perante um júri imparcial (*confrontation clause*).

As Emendas Quarta, Quinta e Sexta, anteriormente vistas, foram editadas ainda pelo primeiro Congresso dos EUA em 1791, formando parte da original *Bill of Rights*. Já a Décima Quarta Emenda, de 1868, foi fruto das chamadas Emendas da Reconstrução, adotadas no período pós guerra civil. A finalidade desse conjunto de Emendas (XIII, XIV e XV) foi articular os princípios da nova ordem nacional, efetivar a abolição da escravidão e elevar a nível constitucional a igualdade de todos os cidadãos perante a lei sem distinções de raças e, especificamente a Décima Quarta Emenda, estender a garantia do devido processo legal para os Estados federados.

Apesar da especificidade do contexto histórico da Décima Quarta Emenda, suas disposições foram posteriormente ampliadas pela Corte Suprema. Reconheceu-se que essa Emenda incorporava e estendia aos Estados federados todas as provisões da *Bill of Rights* federal,

³⁸⁴ Tradução nossa do texto original: “No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, or property, without due process of law [...]”.

³⁸⁵ Tradução nossa do texto original: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] 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”.

o que posteriormente foi relevante para imposição da regra de exclusão aos Estados federados. Também, com a criação da perspectiva substancial do devido processo, possibilitou o controle de constitucionalidade ante o parâmetro da razoabilidade das leis estaduais.

A partir desse panorama de fundo das Emendas à Constituição Americana, serão analisados os precedentes de criação da regra de exclusão.

3.2.2 *Gênese e desenvolvimento da regra de exclusão*³⁸⁶

O desenvolvimento da jurisprudência estadunidense teve como ponto de partida, após sua independência, os precedentes da *common law*, a partir das quais a Corte Suprema passou a, progressivamente, construir sua jurisprudência própria. Nesse sistema da *common law*, ainda vigente como regra geral na Inglaterra, Canadá e Austrália, qualquer material probatório, relacionado com o delito, colhido pelo Estado deve ser admitido em juízo, independentemente do modo obtido³⁸⁷.

O antecedente mais próximo da regra de exclusão é *Boyd v. United States* (1886), uma decisão da Corte Suprema, que entendeu inadmissíveis como prova, em um processo cível de confisco, documentos contábeis decorrentes de uma determinação de exibição considerada desarrazoada por se entender que a ordem de exibição de documentos próprios ofendia a garantia de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo (Quinta Emenda). Ainda que o fundamento da decisão tenha sido posteriormente superado pela Corte Suprema³⁸⁸, essa decisão foi o embrião (ainda que malgrado) de uma *exclusionary rule*.

Pouco após, em *Adams v. New York* (1904), a Corte Suprema deixou de aplicar o precedente *Boyd* e reafirmou a vigência da regra geral da *common law* da admissibilidade dos meios de prova relevantes sem necessidade de discussão sobre a forma de obtenção.

³⁸⁶ Para uma visão do desenvolvimento da regra de exclusão nos Estados Unidos, v. FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las “pruebas ilegales”*: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, *passim*. KAMISAR *et al.* *Op. cit.*, p. 108-138 e 749-812. BRADLEY. *Op. cit.*, p. 405-413. BÉNÉDICT, Jérôme. *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*. Lausanne: Pro Schola, 1994, p. 74-80.

³⁸⁷ Estes países serão abordados brevemente *infra*, seção 3.5.

³⁸⁸ Para uma visão das críticas e incongruências desta decisão, v. FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 96-105.

A verdadeira aparição da regra de exclusão em nível federal ocorreu em *Weeks v. United States* (1914). Tratava-se de um procedimento penal em curso perante um tribunal federal de primeira instância (*District Court*), no qual agentes de polícia federal e estadual, em uma ação conjunta, haviam interceptado a correspondência do investigado e outros documentos sem autorização judicial. A Corte não utilizou a argumentação simplista de *Boyd*, de que havia uma violação ao privilégio contra auto-incriminação da Quinta Emenda, mas passou a sustentar a violação à Quarta Emenda diante da ausência de uma autorização judicial, e que a acusação não podia utilizar tais documentos, devendo ser excluídos. Apesar do considerável avanço, *Weeks* estendeu a regra de exclusão apenas às ações de agentes federais, deixando que as condutas de agentes estaduais fosse regrada pelas respectivas legislações (que, à exceção de Iowa, primeiro Estado a criar uma regra de exclusão, não possuíam qualquer vedação à admissão das provas ilícitas). Criou-se, assim, a ironicamente chamada “teoria da bandeja de prata” (*silver plate doctrine*), segundo a qual podem ser admitidos em júzos federais as provas obtidas por agentes estaduais em violação à Décima Quarta Emenda, já que estes não estão obrigados a respeitar a legislação federal, e desde que a legislação estadual não previsse uma regra de exclusão.

Antes da extensão dos efeitos da regra de exclusão para os estados, a Corte Suprema teve três decisões de relevo a partir do precedente *Weeks*. Em *Silverthorne Lumber & Co. v. United States* (1920) houve uma apreensão ilegal de documentos de uma empresa, o juiz determinou sua devolução, os agentes da investigação tiraram cópias dos materiais, os devolveram, e posteriormente utilizaram as cópias em outro procedimento de investigação. A Corte entendeu inadmissível a utilização desses documentos no novo procedimento e criou duas novas regras: a proteção da Quarta Emenda se estende também às pessoas jurídicas (não apenas a *people*, mas também à *corporation*); e deu o primeiro passo em direção à construção da “teoria dos frutos da árvore envenenada” (*fruit of the poisonous tree doctrine*), já que inadmitiu a utilização do fruto da apreensão ilegal em outra investigação. Em *Amos v. United States* (1921), a Corte estendeu a inadmissibilidade para objetos apreendidos ilicitamente e não apenas de documentos particulares. Finalmente, em *Byars v. United States* (1927), ainda sem revogar *Weeks*, a Corte Suprema mitigou os efeitos da teoria da bandeja de prata, ao afirmar que, quando os agentes estaduais são meros executores materiais de ações concebidas e dirigidas por agentes federais, aplica-se-lhes a regra de exclusão.

Foi apenas em *Wolf v. Colorado* (1949) que se decidiu pela extensão dos pressupostos substantivos da regra de exclusão aos Estados federados. Essa decisão é paradigmática pela alteração da estrutura constitucional estadunidense, ao romper com o sistema de articulação das competências federais e estaduais e incorporar o *Bill of Rights* aos Estados através da Décima Quarta Emenda (apesar de sua limitação histórica e teleológica à abolição da escravidão), iniciando um ciclo de expansão de garantias dos indivíduos nos procedimentos penais. *Wolf*, após enunciar a nova regra, delimitou seu alcance ao núcleo de garantias da intimidade pessoal previstas na Décima Quarta Emenda, definido no conceito de liberdade regulada (*ordered liberty*). Esse núcleo de garantias abrange as garantias procedimentais da privacidade contra a realização das *searches and seizures* de forma arbitrária pela polícia, mas não necessariamente os remédios contra eventuais violações, deixando ainda aberta a porta da regra da exclusão como uma das possibilidades entre outras, como ações civis de indenização ou responsabilização penal dos agentes policiais. Nas palavras do Juiz Black, a *exclusionary rule* “não é um mandamento da Quarta Emenda, mas uma regra de direito probatório de criação judicial que o Congresso pode denegar”³⁸⁹, tendo a decisão reconhecido que “o direito era federal, mas a determinação do remédio foi confiada aos Estados”³⁹⁰. Essa decisão ambígua marca uma transição da posição da Corte, tendente a estender a regra aos Estados, mas ainda relutante diante das reações negativas que o precedente *Weeks* sofria por sua não-conversão em lei na maioria dos Estados federados e sua não-aceitação nos países da *Commonwealth* Britânica.

Durante a década de cinquenta, a Corte Suprema progressivamente passou a especificar o conteúdo da regra de exclusão. Uma substancial ampliação da regra, ainda que posteriormente restringida, ocorreu em *Rochin v. California* (1952) que, pela gravidade das violações policiais, foi um precedente que confirmou a integridade da regra. Nesse caso policiais entraram durante a manhã na residência de Rochin sem autorização judicial, com base em informações não confirmadas de tráfico de entorpecentes, invadiram seu quarto e flagraram-no, com sua esposa, *seminus*; ao ser interrogado sobre duas cápsulas que estavam sobre uma mesa, Rochin as engoliu; levado a um hospital, foi-lhe ministrada, contra sua vontade, um remédio que lhe causou vômito; apreendidas as cápsulas, constatou-se que continham morfina; Rochin foi preso e condenado por posse de entorpecentes, tendo os Tribunais estaduais da Califórnia

³⁸⁹ *Apud* KAMISAR *et al.* *Op. cit.*, p. 109.

³⁹⁰ FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 129.

admitido como provas principais tanto a apreensão das cápsulas quanto os depoimentos dos policiais, pois a legislação californiana admitia a utilização das provas ilícitas. Houve no caso três irregularidades na ação policial: ausência de causa provável para a violação domiciliar, ausência de mandado judicial e utilização de métodos invasivos à integridade corporal do suspeito. Em *Rochin*, a Corte fundamentou-se na Décima Quarta Emenda para estabelecer que, apesar de os Estados terem liberdade para estabelecer seu processo penal, o *due process* da referida Emenda limitava esse poder, cabendo à Corte aferir se “uma condenação ofende os cânones de decência e correção que expressam as noções de justiça dos povos anglófonos”³⁹¹. Apesar de esses cânones não estarem escritos, a Corte afirmou poder aferir que “seus limites derivam de considerações que estão fundidas na natureza de nosso processo judicial em seu conjunto”³⁹².

Várias foram as críticas à decisão em *Rochin*, especialmente sobre a legitimidade da assunção de poderes dessa magnitude que a Corte realizava, ao reconhecer sua competência para enunciar o conteúdo desses valores fundamentais, colocando em xeque a repartição de poderes (debate ainda hoje corrente na jurisdição constitucional). Em seus votos concorrentes, os Juízes Black e Douglas alertaram sobre o perigo da existência de um critério tão vago como o apresentado, preferindo critérios mais concretos, como a extensão da *Bill of Rights* aos Estados. Apesar da abrangência, a decisão de *Rochin* foi elaborada como um remédio excepcional, aplicável apenas nas situações mais graves que chocassem a consciência (*shock the conscience*).

O critério subjetivo e impreciso de *Rochin* foi posto à prova em *Irvine v. California* (1954), ao se entender que as gravações ambientais feitas de forma subreptícia dentro da residência do suspeito, sem autorização judicial, apesar de violarem as garantias constitucionais reconhecidas pela Corte Suprema, não ensejavam a aplicação de *Rochin*, pois não havia violência física contra a pessoa. Também em *Breithaupt v. Abram* (1957) o critério de *Rochin* não foi aplicado. Nesse caso, após um acidente de trânsito com vítima fatal, estando o motorista ainda inconsciente, foi chamado um médico que retirou dele uma amostra de sangue; realizado o teste de alcoolemia, foi constatado que o motorista estava em grave estado de intoxicação alcohólica. O exame foi utilizado como prova contra o acusado, apesar de sua

³⁹¹ EUA. Corte Suprema. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952), p. 169, *apud* FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 135, tradução nossa.

³⁹² EUA. Corte Suprema. *Rochin...*, *cit.*, p. 170, *apud ibidem*, p. 136, tradução nossa.

discordância, em processo de homicídio culposo (*involuntary manslaughter*), sendo ele condenado pelo Tribunal do Novo México. Julgando o recurso, a Corte Suprema manteve a condenação ao argumento de que a análise de sangue realizada por técnico competente não era uma conduta que choca a consciência ou o sentido de justiça. Os votos vencidos dos Juízes Warren, Black e Douglas sinalizavam para a posição posteriormente adotada, no sentido de que não se deve discutir a questão material da culpabilidade do acusado, mas a correção formal das atuações policiais como garantia de respeito aos direitos constitucionais do acusado.

O critério de validade de amostras de sangue retiradas por médico sob supervisão da polícia foi novamente reiterado em *Schmerber v. California* (1966). Em ambas as decisões sobre mostras de sangue, a Corte estava dividida, tendo cinco votos vencedores contra quatro votos vencidos. Esses votos vencidos posteriormente se tornaram a maioria na chamada Corte Warren (1953-1969) que, através do *judicial activism*, alterou a estrutura do processo penal estadunidense.

A revogação da chamada teoria da bandeja de prata ocorreu em *Elkins v. United States* (1960). Nesse caso, policiais estaduais procederam à apreensão domiciliar sem autorização judicial de fitas contendo gravações clandestinas de conversas telefônicas realizadas pelos suspeitos. Acusados perante uma *District Court* de crime de interceptação e divulgação de conversas telefônicas, as fitas foram a prova principal para sua condenação, tendo sido admitida pelas cortes inferiores ante a teoria da bandeja de prata de *Weeks*. A Corte Suprema, aplicando o precedente *Wolf*, reconheceu que, se os agentes estaduais estão obrigados a obedecer as regras de busca a apreensão da Quarta Emenda, então as provas decorrentes de suas violações não podem ser aceitas perante as Cortes Federais. Em *Elkins*, assim, reconheceu a Corte Suprema que *Wolf* derogara tacitamente a *Weeks*. 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 de outro estado não as admitisse, caso o Estado inadmitisse a prova.³⁹³

A plena extensão da regra de exclusão a todos os procedimentos penais em curso no território dos Estados Unidos, independentemente de seu caráter federal ou estadual,

³⁹³ Para uma visão dos precedentes mais relevantes antes da plena extensão da regra de exclusão aos Estados, v. FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 122-160.

apenas ocorreu em *Mapp v. Ohio* (1961), que derogou o precedente *Wolf* no que tange à liberdade dos Estados de estabelecerem seus remédios apropriados contra as violações. No caso, a polícia de Ohio conduzia uma investigação de um recente atentado terrorista e recebeu de um informante a notícia de que um suspeito possuía explosivos em sua residência; policiais dirigiram-se à residência e solicitaram permissão para entrada, que foi negada pela moradora, a Sra. Dolly Mapp; os policiais cercaram a residência enquanto se diligenciava a autorização judicial; ainda sem a autorização, os policiais, após algumas horas, novamente bateram à porta e, não sendo atendidos, arrombaram-na e ingressaram na residência; ao ser solicitada a exibição do mandado os policiais exibiram um papel qualquer (uma falsa ordem) e passaram a realizar a busca na residência; não houve localização de qualquer explosivo, mas em um baú no sótão foram localizadas revistas pornográficas, cuja posse constituía crime pela legislação estadual. Com base no material apreendido, a Sra. Dolly Mapp foi condenada pela posse de materiais obscenos pelos Tribunais estaduais e apelou para a Corte Suprema.

Durante o curso do processo no caso *Mapp*, o centro das discussões foi a liberdade de expressão assegurada pela Primeira Emenda, tendo se tocado na ilegalidade da diligência e revogação do precedente *Wolf* apenas incidentalmente. Assim, *Mapp* foi um “caso pretexto” para que a uma apertada maioria da Corte Suprema, de cinco votos contra quatro, desenvolvesse seus precedentes anteriores e estendesse a regra de exclusão aos Estados, pois, no fundo, tratou-se de uma decisão *ultra petita*³⁹⁴. Entendeu essa maioria da Corte que os remédios alternativos contra a violação dos procedimentos previstos na Quarta Emenda eram ineficientes (afirmação ainda hoje carente de plena comprovação) e que o único instrumento de defesa plena era a extensão da regra de exclusão aos Estados. Nas palavras do relator, o Juiz Clark, “tendo uma vez reconhecido que o direito à privacidade estabelecido na Quarta Emenda é exigível contra os Estados, e que o direito a estar seguro contra invasões graves da privacidade por agentes estatais é, então, constitucional na origem, nós não podemos mais permitir que o direito permaneça como uma promessa vazia”³⁹⁵. Assim, superou a Corte o dilema de se a regra de exclusão era apenas uma regra de direito probatório (e, portanto, uma dentre as várias soluções possíveis) para elevá-la a regra de nível constitucional, apesar da ausência de fundamento textual na Constituição. Sem dúvidas, os efeitos dessa decisão expressiva do *judicial activism* que

³⁹⁴ Neste sentido: FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p.163-5.

³⁹⁵ KAMISAR *et al.* *Op. cit.*, p. 113.

imperava na Corte Warren³⁹⁶ transcendem o âmbito penal pois, segundo Laurence Tribe, *Mapp* é uma exceção a um princípio geral de que

a Corte não lê a Constituição de forma a requerer remédios particulares para as violações de suas proibições expressas; a escolha dos remédios é, de forma peculiar, uma questão de política (*policy*), que exige o exercício da apreciação legislativa ou discricão eqüitativa³⁹⁷.

Até o momento do precedente *Mapp*, a regra de exclusão era uma criação de proteção limitada às lesões da Quarta Emenda, ou seja, atuava exclusivamente sobre as *searches and seizures*. A partir de 1964, a Corte iniciou a extensão dessa regra também para as lesões à Quinta e Sexta emendas.

Como visto, a Quinta Emenda trouxe o privilégio contra auto-incriminação, o que significa que, para que uma confissão seja válida, deve ser livre e voluntária (nesse sentido já o antigo precedente *Bram v. United States*, de 1897). Progressivamente, a Corte Suprema passou a desenvolver os limites desses antigos preceitos como em *Brown v. Mississippi* (1936), no qual se estabeleceu a inadmissibilidade da confissão obtida mediante tortura. Todavia, foi a Corte Warren que plenamente estendeu o *Bill of Rights* aos Estados. Em *Malloy v. Hogan* (1964) houve a extensão da aplicabilidade plena da Quinta Emenda aos Estados, utilizando-se uma técnica de ponderação de interesses (*cost-benefit analysis*). Também se delimitou a aplicabilidade dessa regra de exclusão para situações como o uso de forças ou ameaças³⁹⁸, pressão psicológica, promessas de indulgência ou o engano induzido.

O grande desenvolvimento da regra de exclusão na Quinta Emenda deu-se com o advento dos *Miranda warnings*. Em *Miranda v. Arizona* (1966), Miranda foi preso em sua casa e levado à delegacia; Miranda foi interrogado e confessou os delitos de seqüestro e estupro, sem que se lhe esclarecesse seu direito à presença de um advogado, fato reconhecido pelos agentes. A Corte Warren anulou a condenação ao argumento de que, para que a polícia utilizasse uma confissão, devia demonstrar que houve advertência ao acusado do seu direito de permanecer em

³⁹⁶ Para uma visão histórica do ativismo da Corte Warren, e suas incisões na seara criminal (especialmente com a tríade *Mapp*, *Miranda* e *Gideon*), v. SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1993, p. 275-285.

³⁹⁷ TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. Mineola NY: The Foundation Press, 1988, p. 274, tradução nossa.

³⁹⁸ V., e.g., *Brown v. Mississippi* (1936) para açoites, *Haynes v. Washington* (1963) para bofetadas, *Fikes v. Alabama* (1957) para golpes com um porrete na cabeça e *Beecher v. Alabama* (1967) por apontar uma pistola para a cabeça.

silêncio e de ter a presença de um advogado, e que esse direito se iniciava desde a custódia policial. O efeito de *Miranda* foi uma mudança drástica na prática dos agentes policiais que deviam, doravante, ministrar no ato da custódia os *Miranda warnings*, sob pena de exclusão de eventual confissão que contra si produzisse o investigado.³⁹⁹

Em relação à Sexta Emenda, a Corte decidiu em *Gideon v. Wainwright* (1963) a necessidade de incorporação dessa emenda (direito à assistência de advogado) aos Estados, através da Décima Quarta Emenda (garantia do devido processo), ou seja, decidiu a obrigatoriedade de os Estados fornecer advogado dativo aos acusados pobres. O precedente *Gideon* se referia à ausência total de advogado durante o julgamento, sendo a exigência do conselho do advogado ainda na fase preliminar criada apenas em *Massiah v. United States* (1964). Nesse precedente, sujeito a críticas pela dissociação dos fatos à argumentação da decisão, uma pessoa envolvida em tráfico de entorpecentes, em colaboração com agentes federais, instalou em seu veículo um microfone com transmissor que permitia o monitoramento à distância das conversas realizadas no interior do veículo; ao sair uma noite com Massiah (que também estava sob investigação), esse realizou confissões incriminatórias no interior do veículo, que foram gravadas pelos policiais e utilizadas como prova no processo criminal. A Corte Suprema anulou a condenação dos tribunais federais, não com base nas Emendas Quarta ou Quinta, mas diretamente com base na Emenda Sexta, pela ausência da assistência de advogado. Essa decisão fruto do ativismo judicial da era Warren tem sido criticada pela ausência de uma fundamentação sólida que permitisse um desenvolvimento tão transcendental. Nesse sentido as críticas de Fidalgo Gallardo, citando os votos vencidos de *Massiah*:

[...] não pretendemos justificar técnicas policiais aberrantes, mas insistir que a intervenção da Corte Suprema, impondo a regra de exclusão como único remédio possível para as violações de direitos constitucionais, e rechaçando assim outras alternativas praticamente sem discussão, adoeceia de uma chamada debilidade de justificação constitucional, que vinha substituída pela mera força do voluntarismo de uma exígua maioria de juízes (*judicial will*), que impunham seu critério sobre o das demais instituições e poderes e furtavam a competência para debater a questão ao Congresso, assembléia legislativa dotada de legitimação democrática direta e de melhores condições para estudar e considerar todos os interesses enfrentados nesses delicados assuntos.⁴⁰⁰

³⁹⁹ Sobre as posteriores limitações da inadmissibilidade das confissões obtidas em violação a *Miranda*, v. o item 3.2.5.2, *infra*.

⁴⁰⁰ FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 187, tradução nossa.

Ainda assim, a regra de exclusão do precedente *Massiah* sobre a Emenda Sexta era de aplicação exclusiva à justiça federal, não se tendo estendido aos Estados.

3.2.3 Restrições à regra de exclusão

A progressão de decisões garantistas da Corte Warren causou um mal-estar geral no meio político e jurídico. Com a vacância de alguns juízes, as novas indicações para a Corte Suprema incidiram em pessoas com visão menos extremista na agenda da justiça criminal. Diz-se que o próprio Juiz Presidente Burger, que sucedeu Warren, foi indicado em 1969 pelo Presidente Nixon para o cargo em razão de sua reputação de ser um juiz da linha *law and order*⁴⁰¹. Apesar de não ter revogado formalmente as principais decisões da Corte Warren, a Corte Burger passou a restringir o alcance dessas decisões e a formular exceções.

Em *One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania* (1965) a Corte Warren havia utilizado o precedente *Boyd* e estabelecido que era aplicável a regra de exclusão a procedimentos não criminais, como, no caso, um processo civil de confisco (*forfeiture*) decorrente da localização de bebidas alcoólicas clandestinas no interior de veículo apreendido irregularmente. Posteriormente, a Corte Burger reviu esse entendimento em *United States v. Janis* (1976), realizando uma análise dos custos e benefícios da regra de exclusão e afirmando que para os procedimentos civis, como o de confisco, há reduzido efeito dissuasório a justificar a regra, que é endereçada primariamente à zona de interesses dos agentes de investigação policial.

Em *Linkletter v. Walker* (1965) a Corte negou aplicabilidade retroativa ao precedente *Mapp*, decidindo por uma aplicação *ex nunc* da nova orientação, a fim de evitar uma avalanche de pedidos de revisão criminal. O fundamento da decisão foi o de que a regra de exclusão possuía um fundamento dissuasório (*deterrent effect*) de novas violações pelos policiais e, portanto, sua aplicação retroativa não teria esse efeito bem como sob o argumento de que a administração da justiça seria lesionada eticamente. Segundo Fidalgo Gallardo, uma decisão contraditória com as decisões anteriores da Corte Suprema de reconhecimento do caráter de garantia constitucional mais importante na Emenda Quarta, já que essa decisão utilizava a *judicial integrity* como fundamento exatamente para a admissão da prova⁴⁰².

⁴⁰¹ Neste sentido: SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 314.

⁴⁰² FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 196-200.

Em *Alderman v. United States* (1969) a Corte Suprema introduziu o requisito da legitimação (*standing*) para a solicitação da exclusão da prova. Decidiu a Corte que “o princípio estabelecido é que a supressão do fruto de uma violação da Quarta Emenda pode ser solicitado com êxito apenas por aqueles que resultaram afetados pela mera introdução das provas incriminatórias”⁴⁰³. No caso, decidiu-se que apenas o proprietário de uma oficina na qual se realizou uma gravação ambiental ilícita, e que não participara da conversa gravada, podia requerer a exclusão das provas. Nessa decisão, a Corte utilizou a técnica da ponderação de interesses para justificar a negativa da extensão, nesses termos:

Mas não estamos convencidos de que os benefícios adicionais de estender a regra de exclusão a outros acusados justifiquem um gravame adicional sobre o interesse público na persecução penal dos acusados de um delito e sobre sua absolvição ou condenação sobre a base de todos os materiais probatórios que revelem a verdade.⁴⁰⁴

Sem adentrar nas possíveis críticas aos resultados dessa regra de legitimação, verifica-se que já sinalizava a Corte para a necessidade de uma ponderação dos interesses em jogo no processo penal e de uma restrição do alcance da regra de exclusão.

Uma das limitações mais relevantes da Corte Burger sobre o alcance e a própria natureza da regra de exclusão foi proferida em *United States v. Calandra* (1974). Nesse caso, decidiu-se que uma testemunha chamada a declarar perante o *Grand Jury* (instituição de jurados com funções investigativas que decide sobre o ajuizamento da ação penal) não podia se negar a responder às perguntas que lhe fizessem, alegando que tais perguntas se baseavam em informações extraídas de materiais probatórios inconstitucionalmente obtidos. Reafirmando a justificação dissuasória da regra de exclusão em considerações pragmáticas e materiais, a Corte, novamente utilizando a técnica de ponderação de interesses, assim se manifestou:

Ao decidir se estender a regra de exclusão às atuações do *Grand Jury*, devemos sopesar o dano potencial que se causaria ao papel e funções históricas do *Grand Jury* frente aos benefícios potenciais da aplicação da regra nesse contexto. É evidente que essa extensão da regra de exclusão agravaria seriamente a atuação do *Grand Jury*. Considerando que o *Grand Jury* não decide definitivamente sobre a culpabilidade ou a inocência, tradicionalmente tem-se-lhe permitido

⁴⁰³ EUA. Corte Suprema. *Alderman v. United States*, 394 U.S. 165 (1969), p. 172, *apud* FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 202.

⁴⁰⁴ EUA. Corte Suprema. *Alderman...*, p. 174-5, *apud ibidem*, p. 205, tradução nossa.

perseguir seus fins investigativos e acusatórios sem ver-se limitado pelas restrições procedimentais e probatórias aplicáveis no juízo penal.⁴⁰⁵

Os votos vencidos afirmaram que o efeito dissuasório não devia ser o único a se avaliar, mas também a *judicial integrity*. Assim, *Calandra* teve o condão de modificar a justificativa da regra de exclusão, de um direito constitucional exigido diretamente pelo *Bill of Rights*, para um remédio de criação judicial de uma utilitarista justificativa dissuasória. Essa desconstitucionalização da regra de exclusão foi posteriormente reiterada em *United States v. Leon* (1984), ainda que essa mudança não tenha sido levada às últimas conseqüências para questionar a própria legitimidade da Corte Suprema para ter imposto tal remédio não constitucional aos tribunais estaduais.

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 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.

Recentemente, seguindo a linha restritiva da não-aplicação da regra a procedimentos de confisco (*Janis*), a Corte limitou ainda mais a aplicação das regras de exclusão apenas aos processos criminais de condenação. Em *Pennsylvania Board of Probation and Parole v. Scott* (1998), entendeu-se, realizando uma análise de custos e benefícios do efeito dissuasório, que a regra não era aplicável a incidentes na execução penal, como na revogação da *parole*

⁴⁰⁵ EUA. Corte Suprema. *United States v. Calandra* (1974), p. 350-1, apud FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 211-2, tradução nossa.

(espécie de livramento condicional). Também não se admite a exclusão para processos de deportação (*I.N.S. v. Lopez-Mendoza*, 1984).

A Corte também limitou o alcance da regra de exclusão apenas para as violações diretas à Constituição. Em *United States v. Caceres* (1979) entendeu a Corte que a violação de regras administrativas do *Internal Revenue Service* — IRS (agência encarregada da fiscalização tributária) relativas à produção de provas por meios eletrônicos, não enseja a aplicação da regra de exclusão.

Vê-se que, após construir a regra de exclusão em *Mapp*, a Corte passou a restringir seu alcance. Ainda que utilizando uma argumentação por vezes não sistemática, a Corte Suprema procurou minimizar o custo social da regra de exclusão através da técnica da ponderação de interesses (*cost-benefit analysis*)⁴⁰⁶. Além dessas limitações ao alcance, a Corte também construiu as exceções.

3.2.4 Exceções à regra de exclusão

3.2.4.1 Exceção de boa-fé (*good faith exception*) no âmbito da Quarta Emenda

Essa exceção relativa aos requisitos das buscas e apreensões foi introduzida com o precedente *United States v. Leon* (1984) e marca o declínio da regra de exclusão a partir da década de oitenta.

Sua aplicabilidade era restrita às situações em que se realizasse uma busca sem necessidade de mandado judicial e que não houvesse uma causa que o dispensasse, como a existência de circunstâncias urgentes (*exigent circumstances*) ou o consentimento do morador (*consent*). Considerando que a regra de exclusão é vista como um remédio para dissuadir as violações policiais (*deterrence of policial misconduct*), quando o agente policial atuasse de boa-fé, os custos da aplicação da regra não excedem seus benefícios, sendo, portanto, admissível a utilização da prova. Em *United States v. Leon* (1984), a Corte reconheceu como válida uma busca e apreensão realizada por policial com base em uma autorização judicial, que posteriormente se verificou carente de indícios razoáveis (*probable cause*). Entendeu-se que a boa-fé dos policiais,

⁴⁰⁶ Para uma visão sistêmica da técnica da *cost-benefit analysis*, e respectivas críticas, v. FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 329-341.

representada objetivamente pela razoável confiança de que possuíam uma causa provável para a busca e que portavam um mandado válido, justificava o procedimento. Também em *Massachusetts v. Sheppard* (1984), julgou-se válida a busca fundada em uma autorização que não cumpria os requisitos formais de descrição dos objetos a serem apreendidos, apesar de o oficial ter descrito os fatos verbalmente ao juiz e este ter concedido o mandado, informando que sua ordem já concedia a autorização necessária para a diligência⁴⁰⁷.

Em outros precedentes, a Corte chegou a validar buscas realizadas sem autorização judicial. Em *Illinois v. Krull* (1987) a Corte Suprema manteve a validade de uma busca realizada pela polícia sem mandado judicial com base em uma lei estadual que posteriormente foi declarada inconstitucional pela Corte por incompatibilidade com a Quarta Emenda. Também em *Arizona v. Evans* (1995), entendeu-se válida a apreensão de drogas em uma busca pessoal realizada por policiais após a prisão do suspeito com base em um mandado judicial que havia sido revogado, sem que tal fato fosse comunicado ao agente por um erro do funcionário do Tribunal. Novamente nessa decisão a Corte realizou uma análise de custo-benefício para concluir que a regra de exclusão não tinha efeito dissuasório sobre os funcionários da justiça, os quais não estavam diretamente engajados na repressão ao crime.

Essas exceções de boa-fé foram delineadas para aplicação às violações da Quarta Emenda (buscas e apreensões), especialmente sobre os requisitos do mandado judicial. A Corte trabalha com um padrão hipotético de agente de polícia bem treinado que, nas circunstâncias, devia supor estar agindo validamente (requisitos objetivos de boa-fé). Assim, ao construir o precedente *Leon*, a Corte também já especificou exceções à exceção. Citando *Franks v. Delaware* (1978), a Corte explicitou que se o agente dolosamente fez afirmações falsas na representação pelo mandado judicial de busca, ou ainda afirmou certeza quando na verdade possuía dúvidas, não será admissível a prova. Também em *Lo-Ji Sales Inc. v. New York* (1979), citado no precedente *Leon*, a Corte considerou que a falta de neutralidade do magistrado que emitiu a autorização e também participou ativamente dos atos de investigação vicia seu respectivo mandado. Nesse caso o juiz acompanhou a diligência de apreensão de materiais pornográficos, apontando e concedendo, *in loco*, a autorização para apreender determinados

⁴⁰⁷ Descrição do precedente em KAMISAR *et al.* *Op. cit.*, p. 126-7.

materiais. Também a total falta de indícios suficientes na representação policial (*affidavit*) viciava a posterior autorização judicial que nela se baseava (*Illinois v. Gates*, 1983).

3.2.4.2 Exceção de impugnação (*impeachment exception*)

Essa exceção tem a finalidade de permitir a utilização de provas excluídas para impugnar a credibilidade das declarações do confidente. Sua aplicação deriva de uma peculiaridade do sistema estadunidense, de que o acusado possui o direito ao silêncio, mas, caso minta, sua conduta consistirá em perjúrio. 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 provar diretamente sua culpabilidade.

Assim, em *Walder v. United States* (1954), ocorreu uma busca de entorpecentes que posteriormente foi julgada inválida por irregularidades formais; em juízo o acusado afirmou que “jamais havia visto drogas”, em flagrante contradição com a prova excluída. A Corte entendeu que a acusação podia introduzir as provas para o fim de impugnar a credibilidade do interrogatório. Tal precedente foi posteriormente confirmado em *United States v. Havens* (1980), este com a peculiaridade de que as perguntas haviam sido formuladas pela acusação (*cross-examination*). Essa exceção tem aplicabilidade apenas sobre perguntas relativas à questão principal, e não a questões secundárias (*Agnello v. United States*, 1925).

Essa exceção também tem sido utilizada em relação às confissões realizadas na fase de investigação sem os *Miranda warnings*, posteriormente negadas em juízo. Segundo decidiu a Corte em *Harris v. New York* (1971), a proteção da Quinta Emenda não podia ser utilizada como “uma licença para utilizar o perjúrio como arma de defesa, sem o risco de confrontação com prévias manifestações contraditórias”⁴⁰⁸.

De qualquer forma, essa exceção de impugnação é aplicável apenas ao interrogatório do acusado, sendo inadmissível sua utilização para impugnar as demais

⁴⁰⁸ EUA. Corte Suprema. *Harris v. New York*, 401 U.S. 222 (1971), p. 225-6, *apud* FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 456. No mesmo sentido deste precedente: EUA. Corte Suprema. *Oregon v. Hass* (1975).

testemunhas de defesa, conforme o precedente *James v. Illinois* (1990), decidido em apertada maioria de cinco votos contra quatro.

Sem dúvidas, o alcance dessa exceção de impugnação esvazia muito o conteúdo da regra de exclusão. Consiste em um instrumento utilizado pela Corte para minorar os efeitos negativos da regra para a funcionalidade do processo. Segundo Kainen: “A exceção [de impugnação] legitima as queixas sobre os custos probatórios das regras de exclusão e, portanto, coadjuva o intento de fazer dessas regras as responsáveis dos fracassos na repressão à criminalidade”⁴⁰⁹.

3.2.4.3 Exceção de erro inócuo (*harmless error exception*)

Essa exceção tem aplicação quando ocorre um erro durante o procedimento sem relevância prática, que não tenha causado uma lesão significativa aos direitos das partes. Igualmente quando o acusado foi condenado com base não só em uma prova ilícita, mas também em provas válidas e suficientes para a condenação.

A decisão inicial dessa corrente, em *Chapman v. California* (1967), afirmou que, em determinadas situações, a violação de direitos constitucionais do acusado pode ser qualificada como um erro inócuo, desde que tal erro não haja influído na condenação. O caráter aberto desse precedente foi posteriormente delimitado em *Arizona v. Fulminante* (1991), que distinguiu duas espécies de violações dos direitos processuais constitucionais: erros processuais (*trial errors*) e erros estruturais (*structural errors*). Os primeiros podem ser isolados pelo juízo e, se considerados acima de qualquer dúvida como inócuos, a prova pode ser admitida. A jurisprudência posterior da Corte passou a entender como erros meramente processuais as formalidades relativas às Quarta, Quinta e Sexta Emendas⁴¹⁰. Já os erros estruturais permeiam todo o mecanismo processual, viciando todo o processo, como a violação do direito a um processo público, a negativa de assistência de advogado, a imparcialidade do juiz e, ainda, a seleção racista de jurados.

Várias dessas disposições estão ligadas mais ao tema das nulidades que propriamente ao da ilicitude probatória. De qualquer sorte, indicam que as violações a direitos

⁴⁰⁹ *Apud* FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 457.

⁴¹⁰ Para uma citação ampla destes precedentes, v. *ibidem*, p. 461.

constitucionais meramente processuais ensejam um tratamento diferenciado diante da gravidade da lesão, e que o fato de estar presente uma prova ilícita não macula necessariamente todo o procedimento.

3.2.4.4 Limitações relativas à legitimidade para o requerimento de exclusão (*standing for motion to suppress*)

Merecem menção as limitações relativas à legitimidade para requerer a exclusão da prova considerada ilícita, por ser um dos instrumentos de que a Corte Suprema tem se utilizado para, diante das críticas constantes a uma postura inflexível na inadmissibilidade da prova, nos casos de busca e apreensão, deixar de aplicar a regra de exclusão.

Em casos de busca e apreensão, a legitimidade para requerer a exclusão da prova (*motion to suppress*) é apenas daquele que possui uma legítima expectativa de privacidade própria, violada pela busca e não apenas daquele que tenha a propriedade sobre o bem objeto da apreensão. Assim, em *Rakas v. Illinois* (1978), decidiu-se que na busca em um veículo, sem causa provável, os passageiros que não eram nem proprietários do veículo nem das armas ilegais apreendidas não possuíam legítima expectativa de privacidade que lhes conferisse o direito de requerer a exclusão da prova. Assim, o mero fato de estar na cena da busca não lhes conferia expectativa de privacidade. Contudo, a Corte afirmou que sua análise não se referia ao requisito de legitimidade (*standing*), mas de titularidade de direitos.

Ainda que o requerente da exclusão seja proprietário do bem, caso este esteja sujeito à área de privacidade de um terceiro, também não haverá legitimidade para o pedido de exclusão. Em *Rawlings v. Kentucky* (1980), o acusado solicitou a sua amiga Cox que levasse em sua bolsa um pacote com LSD fechado, sendo que ela desconhecia tal conteúdo; ao serem submetidos a uma revista pessoal sem causa provável, os policiais localizaram os pacotes na bolsa de Cox, tendo o acusado alegado que ele era o proprietário da droga. Entendeu a Corte que o direito de privacidade do acusado não fora violado pela busca na bolsa de terceira pessoa, já que ele não tinha expectativa de privacidade sobre a bolsa⁴¹¹. Recentemente a Corte Suprema reiterou esse entendimento em *United States v. Padilla* (1993), afirmando que o simples fato de uma pessoa pertencer à mesma quadrilha (*conspiracy*) não lhe confere automaticamente

⁴¹¹ Este posicionamento é o atual na Corte Suprema: KAMISAR *et al.* *Op. cit.*, p. 754-8.

legitimidade para requerer a exclusão de prova decorrente de busca e apreensão de outro co-delinqüente, apenas em razão de sua associação.

Normalmente, reconhece-se legitimidade em casos relativos à inviolabilidade domiciliar, como na situação da pessoa que utiliza um apartamento emprestado de um amigo (*Jones v. United States*, 1960), de um amigo convidado a dormir na residência (*Minnesota v. Olson*, 1990), de um dos membros da família (*Bumper v. North Carolina*, 1968), ou ainda de um escritório comercial que o acusado repartia com outros funcionários sem, portanto, possuir uma expectativa exclusiva de privacidade (*Mancusi v. DeForte*, 1968). Ainda assim, se a pessoa não possui legítima expectativa de privacidade sobre a residência de terceiro, não poderá requerer a exclusão da prova ilicitamente obtida. Em *Minnesota v. Carter* (1998), houve uma transação de substâncias entorpecentes dentro da residência da Sra. Thompson; após a saída dos compradores, os policiais pararam o veículo destes, apreenderam cocaína, retornaram à residência na qual executaram uma busca sem autorização judicial e apreenderam mais drogas. A Corte entendeu válida a apreensão irregular da droga na casa da Sra. Thompson como prova contra os compradores, pois esses não possuíam uma legítima expectativa de privacidade sobre aquele local.

Essa perspectiva da legitimidade tem sido objeto de críticas doutrinárias, pois decorre de uma interpretação atomizada dos interesses protegidos pelas Emendas Constitucionais, considerando apenas os interesses dos indivíduos e não uma perspectiva global do efeito dissuasório em benefício da sociedade como um todo.⁴¹² De qualquer forma, tem sido um dos principais instrumentos de que a Corte Suprema se tem utilizado para, sem revogar expressamente a regra de exclusão de *Mapp* e *Calandra*, limitar profundamente sua aplicabilidade, ainda que, segundo alguns, revele um abandono total de um tratamento sistemático das regras de exclusão⁴¹³.

⁴¹² V. críticas de Joshua Dressler *apud* KAMISAR *et al.* *Op. cit.*, p. 751.

⁴¹³ BÉNÉDICT. *Op. cit.*, p. 80.

3.2.5 Tratamento da ilicitude por derivação

A Corte Suprema construiu, a partir do precedente *Silverthorne Lumber & Co. v. United States* (1920), já anteriormente citado, a teoria dos frutos da árvore envenenada⁴¹⁴ (*fruits of the poisonous tree doctrine*). Essa expressão foi cunhada pelo Juiz Frankfurter, da Corte Suprema, no precedente *Nardone v. United States* (1937), no qual se afirmou que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”⁴¹⁵.

A justificativa dessa teoria foi, basicamente, controlar os modos de investigação da extremamente descentralizada polícia estadunidense, estruturada em um grande número de pequenos departamentos autônomos, com um âmbito de atuação reduzido, normalmente, em nível distrital.

A Corte Suprema entende árvore envenenada não apenas objetos materiais, mas também testemunhos obtidos ilegalmente (*Wong Sun v. United States*, 1963). Em *Brown v. Illinois* (1975), entendeu-se que uma prisão ilegal pode ser uma árvore envenenada. Nesse caso, houve uma prisão ilegal decorrente de falta de indícios (*probable cause*), o suspeito foi levado à delegacia, recebeu os *Miranda warnings* e, após duas horas, realizou uma confissão auto-incriminadora; a Corte decidiu que a confissão derivava de uma prisão ilegal e, portanto, era inválida, e que as advertências de *Miranda* não eliminavam o vício da ilegalidade. Todavia, concluiu que a solução de casos futuros seria dada pela análise do caso concreto, concluindo que “a proximidade temporal entre a prisão e a confissão, a presença de fatores intervenientes e, particularmente, o propósito e a flagrância da ilegalidade policial, são todos relevantes”⁴¹⁶.

Esse entendimento de *Brown v. Illinois* (1975), de que a prisão pode ser uma árvore envenenada, foi posteriormente alterado em *New York v. Harris* (1990). Nesse caso, havia causa provável para a prisão, mas ela era ilegal pela ausência de mandado judicial, tendo a Corte

⁴¹⁴ A tradução literal é “árvore venenosa”. Todavia, opta-se por manter a tradução corrente na doutrina nacional e estrangeira.

⁴¹⁵ EUA. Corte Suprema. *Nardone v. United States* (1937), 302 U.S. 379, *apud* FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 435.

⁴¹⁶ EUA. Corte Suprema, *Brown v. Illinois*, 422 U.S. 590 (1975), *apud* KAMISAR *et al.* *Op. cit.*, p. 767. Este precedente foi posteriormente confirmado em *Taylor v. Alabama* (1982), numa situação em que a confissão ocorreu seis horas após a prisão ilegal.

realizado uma ponderação de interesses com a finalidade social da persecução penal e permitido a utilização da prova derivada da prisão, argumentando que “as penalidades que recaem sobre o Governo e, como consequência, sobre o público, porque policiais violaram a lei, devem guardar alguma relação com os propósitos a que a lei deve servir”⁴¹⁷.

O pressuposto dessa teoria dos frutos da árvore envenenada é a relação direta de causa e efeito entre a prova ilícita e as que dela derivam imediatamente. A Corte Suprema também construiu critérios para deixar de aplicar essa teoria. Apesar de esses critérios serem correntemente denominados exceções, são na realidade situações nas quais uma prova não deriva logicamente de outra prova ilícita, em uma relação direta e suficientemente forte. Serão abordadas abaixo as referidas “exceções”.

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

Segundo essa teoria, se há duas fontes, sendo uma dessas ilícita e outra válida, não se contamina a prova derivada, pois havia uma outra fonte independente e válida a sustentar sua produção. Apesar de a primeira aplicação dessa teoria ter ocorrido em *Silverthorne Lumber Co.*, seu delineamento final, segundo a técnica da ponderação de interesses, ocorreu em *Nix v. Williams* (1984), nos seguintes termos:

O interesse da sociedade na dissuasão de condutas policiais ilícitas e o interesse público em que os Jurados recebam todas as provas de um crime se ponderam adequadamente quando se coloca a polícia na mesma situação, e não em uma situação pior, que a que estaria se não houvesse produzido a conduta imprópria ou o erro policial [...]. Quando as provas cuja admissibilidade se ataca provém de uma fonte independente, a exclusão de tais provas colocaria a polícia em uma situação pior que a que estaria na ausência de erro ou violação.⁴¹⁸

Em *Segura v. United States* (1984) os policiais prenderam um suspeito de tráfico de entorpecentes na entrada de seu prédio, conduziram-no até seu apartamento e lá entraram sem autorização judicial, prendendo outras pessoas; em uma inicial verificação de segurança, os policiais localizaram objetos ligados ao tráfico de entorpecentes; os suspeitos foram levados para a delegacia, tendo dois policiais ficado no local realizando sua segurança enquanto

⁴¹⁷ KAMISAR *et al. Op. cit.*, p. 770. Neste caso havia uma legislação que permitia a prisão sem mandado fora do domicílio, para suspeitos de crimes mais graves como homicídio (*felony*).

⁴¹⁸ EUA. Corte Suprema, *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984), p. 443, *apud* FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 439, tradução nossa.

se providenciava um mandado que autorizasse a busca; após as 19 horas foi expedido o mandado e na busca domiciliar foram localizadas drogas e registros contábeis de vendas de entorpecentes. Nesse caso, a Corte entendeu válida a apreensão, pois havia uma fonte independente que justificaria a apreensão (a causa provável), e os policiais apenas guardaram o local até a chegada do mandado judicial. Ainda que não explicitado, esse caso avaliou a urgência na necessidade de produção da prova. Os votos vencidos aduziram que essa interpretação traria incentivos a condutas ilegais.

A teoria da fonte independente também foi aplicada em *Murray v. United States* (1988). Nesse caso os policiais haviam percebido uma atividade suspeita de tráfico de drogas numa residência, entraram ilegalmente na casa e confirmaram a suspeita; posteriormente requereram um mandado judicial para busca e apreensão indicando apenas as suspeitas e sem mencionar a anterior entrada e, de posse do mandado, entraram novamente na residência e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida pois ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira violação, de qualquer forma seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais.

3.2.5.2 Teoria do nexa causal atenuado (*attenuated connection doctrine*)

Segundo essa teoria, também conhecida como exceção da mancha diluída ou vício diluído (*purged taint exception*)⁴¹⁹, quando uma prova deriva de outra prova ilícita, mas em circunstâncias tais que o vício pode considerar-se diluído (*dissipate the taint*), não se aplica a teoria dos frutos da árvore envenenada. Apesar de o precedente remoto dessa teoria estar em *Nardone v. United States* (1939), seu desenvolvimento ocorreu no caso *Wong Sun*, no qual foi decidido que se deve avaliar:

[...] se, partindo-se da determinação da ilegalidade primária, os materiais probatórios [derivados] contra os quais se discute a objeção [de inadmissibilidade] foram obtidos pela utilização dessa ilegalidade ou, pelo contrário, mediante métodos suficientemente distintos de forma que resultem purgados da mancha originária.⁴²⁰

⁴¹⁹ Preferimos traduzir a expressão como "vício diluído", por ser mais adequada à terminologia processual. Assim, prova viciada é a prova maculada pela violação de um direito material. O nexa causal atenuado permite diluir o vício da prova.

⁴²⁰ EUA. Corte Suprema, *Wong Sun v. United States* 371 U.S. 471 (1963), p. 488, *apud* FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 440, tradução nossa.

Os critérios de quando se considera purgado o vício são decididos segundo as circunstâncias do caso concreto. Porém, a doutrina estadunidense tem procurado sistematizar os precedentes para antever situações cuja presença usualmente enseja a diluição do vício.⁴²¹

Assim, quanto mais tempo tenha transcorrido entre a ilegalidade primeira e a obtenção das provas derivadas, é mais provável que os Tribunais julguem o vício diluído. Se outros fatos relevantes tenham ocorrido entre o vício inicial e a prova derivada, quebrando ou atenuando a cadeia lógica entre ambos, há uma maior probabilidade de consideração do vício diluído, tal como decidido em *Wong Sun v. United States* (1963). Nesse caso a polícia realizou uma busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial, na qual apreendeu materiais, prendeu Toy como suspeito e realizou seu interrogatório, que lhe indicou que fora Yee quem lhe vendera a droga; de posse de um mandado judicial, a polícia realizou uma busca domiciliar na casa de Yee, localizando novas drogas; em seu interrogatório, Yee incriminou a Wong Sun; este último suspeito interrogado sem as advertências de *Miranda*, foi liberado e posteriormente retornou à delegacia voluntariamente, tendo recebido os *Miranda warnings* e reiterado a confissão anterior. Nesse intrincado precedente, a Corte entendeu que não apenas os materiais apreendidos na casa de Toy e Yee eram provas ilícitas, mas também o interrogatório não podia ser utilizado como prova contra Toy. Todavia, deixou delineado o caminho para as posteriores exceções, ao afirmar que “nem todas as provas são ilegais simplesmente porque não teriam sido descobertas a não ser pelas ações ilegais da polícia”⁴²². Nesse mesmo precedente, a Corte julgou válida a segunda confissão de Wong Sun, pois o vício decorrente da violação dos direitos de Toy já tinha se dissipado até chegar a Sun, bem como houve novos fatos que diluíram o vício entre a primeira confissão sem a advertência do direito ao silêncio e a segunda confissão de Sun. Assim, explicitou-se uma tendência de que se atenua a ilicitude caso o titular do primeiro direito violado não seja o acusado, pois as provas foram consideradas inválidas para Toy, o primeiro a ser preso ilegalmente, mas válidas para Wong Sun, o último.

A gravidade da violação originária também deve ser avaliada, de sorte que, segundo a Corte Suprema, quanto mais envenenada estiver a árvore, será mais difícil que os frutos estejam sãos.

⁴²¹ Para uma visão geral destas exceções, v. FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 440-2, e KAMISAR *et al.* *Op. cit.*, p. 764-788.

⁴²² EUA. Corte Suprema, *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963), *apud* FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 437.

Finalmente, a natureza da prova derivada também influi na ponderação. Em *United States v. Ceccolini* (1978), decidiu-se que há maior probabilidade de diluir o vício quando a prova derivada é testemunhal do que em relação a provas materiais, por se entender que nas primeiras a violação posterior é menos grave diante da voluntariedade dos testemunhos e da maior probabilidade de descoberta (por iniciativa espontânea de testemunhas).

A Corte Suprema entende que, salvo situações de grave coação, a teoria dos frutos da árvore envenenada não se aplica quando a árvore é uma confissão obtida sem as advertências de *Miranda*⁴²³. Em *New York v. Quarles* (1984), uma confissão sem a advertência do direito ao silêncio conduziu à localização de uma arma, tendo a Corte decidido que não havia contaminação da prova derivada. Nesse julgamento, afirmou a Juíza O'Connor que:

certamente um interrogatório que fornece pistas para outras provas não ofende os valores subjacentes ao privilégio contra auto-incriminação da Quinta Emenda mais que a extração compulsória de amostra de sangue, digitais, modelos de voz, em relação às quais admite-se uma intromissão compulsória para descobrir provas que podem ser utilizadas para acusar um réu de um delito⁴²⁴.

Posteriormente, em *Oregon v. Elstad* (1985) a Corte ratificou esse entendimento de que uma confissão sem as advertências de *Miranda* não contamina as provas derivadas e que, inclusive, a própria confissão podia ser utilizada para fins de *impeachment* (impugnação à posterior negativa mendaz de confissão) se aprovada num teste de voluntariedade. Nesse caso afirmou a Corte: “Nós defendemos hoje que um suspeito que respondeu a uma pergunta não advertida, mas não coagida, não está incapacitado de, após receber as advertências de *Miranda*, abrir mão de seu direito [ao silêncio] e confessar”⁴²⁵. Assim, a jurisprudência inclinou-se por julgar inadmissível uma prova derivada de confissão irregular apenas nas situações em que há prova de coação ou outras circunstâncias graves⁴²⁶.

⁴²³ Neste sentido: BRADLEY, Craig M. *United States*. In: BRADLEY (ed.). *Op. cit.*, p. 410.

⁴²⁴ EUA. Corte Suprema, *New York v. Quarles* (1984), *apud* KAMISAR *et al. Op. cit.*, p. 781, tradução nossa. Segundo Bradley (*loc. cit.*) esse caso considerou uma espécie de exceção de segurança pública (*public safety*), que permite à polícia realizar perguntas destinadas à apreensão de armas e objetos destrutivos.

⁴²⁵ EUA. Corte Suprema, *Oregon v. Elstad*, 470 U.S. 298 (1985), *apud* KAMISAR *et al. Op. cit.*, p. 784, tradução nossa.

⁴²⁶ *Idem*, p. 788. Também BRADLEY. *Op. cit.*, p. 409-413.

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

Também conhecida como exceção da fonte hipotética independente (*hypotetical independent source exception*), essa teoria entende que, caso a prova derivada de uma prova ilícita certamente seria legalmente obtida de qualquer forma, então essa não se contamina da ilicitude da primeira.

Essa teoria foi aceita na Corte Suprema, por unanimidade, em *Nix v. Williams* (1984). Nesse precedente, o acusado havia matado uma criança e escondido o corpo; iniciado um processo de busca por 200 voluntários, os municípios vizinhos foram divididos em zonas de busca; durante a busca o acusado realizou uma confissão, obtida ilegalmente, na qual especificou o local onde se encontrava o corpo; foi paralisada a busca, que estava a algumas horas de descobrir onde o corpo estava, dirigindo-se a polícia ao lugar indicado na confissão e apreendido o corpo. A Corte considerou que a confissão do acusado sobre o local onde o corpo se encontrava era uma prova ilícita, mas a apreensão do corpo era válida, pois sua descoberta era inevitável. Também se entendeu, pelo voto concorrente do Juiz Stevens, que o ônus da prova sobre a conjectura da descoberta inevitável recai sobre a acusação.

A síntese dos argumentos dessa teoria está prevista no *Model Penal Code of Pre-Arrangement Procedure* (1974), cujo § 150.4 estabelece a exclusão da prova derivada da ilegalmente obtida, “a não ser que a acusação demonstre que tal prova seria provavelmente descoberta pelas autoridades legais, apesar de tais ilegalidades, e que o Tribunal considere que a exclusão de tal prova não é necessária para deter violações desse Código”⁴²⁷.

3.2.6 Considerações finais

A Corte Suprema construiu a regra de exclusão inicialmente com um fundamento constitucional em *Mapp* e posteriormente desconstitucionalizou a regra em *Calandra*, que passou doravante a ter uma fundamentação exclusiva no efeito dissuasório das violações policiais (*deterrent effect*), e não mais no fundamento ético (*judicial integrity*). A partir da percepção de que a regra de exclusão, da forma com estava sendo desenvolvida pela Corte Warren, causava uma disfunção ao sistema de justiça penal, a Corte Suprema passou a restringir

⁴²⁷ *Apud* COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 172 (Costa Andrade cita como *arraignment*, mas corrigiu-se aqui para *arrangement*).

seu alcance, utilizando-se especialmente da técnica da ponderação de interesses (*cost-benefit analysis*). Ainda que a aplicação dessa técnica por parte da Corte tenha carecido de uma base objetiva e razoavelmente previsível, dada a casuística das decisões, sua aplicação tem sido uma tentativa de ponderar os interesses relativos ao controle da criminalidade grave e a necessidade de proteger o cidadão contra os atentados graves a seus direitos fundamentais.

A *exclusionary rule* tem sido alvo de inúmeros ataques, tanto no campo legislativo quanto doutrinário. Em 1995, quando os republicanos tiveram maioria no Congresso, houve um forte movimento para que se editasse uma lei que reformasse o tratamento dado pela jurisprudência da Corte Suprema sobre a regra de exclusão⁴²⁸, mas tais projetos não chegaram a ser aprovados. Nessa oportunidade, o Prof. Gangi do Departamento de Governo e Políticas da Universidade de St John's afirmou perante uma das comissões do Senado que a regra de exclusão era "uma desgraça, que não apenas falhou em cumprir as mágicas que seus criadores prometeram, mas também destruiu a confiança dos cidadãos na competência do governo"⁴²⁹.

Na doutrina, uma das vozes mais fortes contra a regra tem sido a do Prof. Willian Pizzi, da Universidade de Colorado⁴³⁰. Conforme Pizzi, se a regra de exclusão é destinada a deter as violações policiais, ela é um fracasso total, pois, segundo o autor, a polícia americana é uma das mais violentas do mundo. Também não contribui para a preservação da integridade judicial, pois:

quando a opinião pública é confrontada com casos nos quais o réu não será condenado por um crime para que se "puna" a polícia por uma violação técnica de uma regra (que não envolveu abuso ou agressões ao suspeito) o público se convence de que os valores do sistema estão errados e suas prioridades trocadas.⁴³¹

Pizzi afirma que o sistema ideal deve se aproximar do tratamento dado nos demais países do sistema da *common law*, nos quais se admite uma ponderação das circunstâncias

⁴²⁸ LYNCH, Timothy. In defense of the exclusionary rule. *Cato policy analysis*, n. 319, Washington, oct. 1998. Disponível em: <<http://www.cato.org/pubs/pas/pa-319.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2005. Também: OSBOURN, Debora. Suppressing the truth: judicial exclusion of illegally obtained evidence in the United States, Canada, England and Australia. *Murdoch University electronic journal of law*, v. 7, n. 4, dez. 2000, § 35. Disponível em: <<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n4/osborn74.html>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

⁴²⁹ GANGI, William. Testimony before the Senate Judiciary Committee. *Federal News Service*, Washington, 7 maio 1995, *apud* OSBOURN. *Op. cit.*, § 37.

⁴³⁰ PIZZI, Willian. Technicalities and Truth: The Exclusionary Rule. In: _____. *Trials without truth*. Nova Iorque, Londres: New York University Press, 1999, cap. 2.

⁴³¹ *Loc. cit.*

para, segundo a justiça no caso concreto, admitir ou não a prova⁴³². Conclui que a desvalorização sistêmica do valor da verdade no sistema de justiça criminal implica a inversão de prioridades, com altos custos para a honestidade e integridade do próprio sistema.

Após o fatídico ataque terrorista de 11 de setembro de 2001, há uma maior tendência nos EUA de admissão de táticas mais agressivas de investigação de crimes ligados às atividades terroristas. Por exemplo, há doutrinadores que abertamente defendem a admissibilidade de uso de soro da verdade e métodos de interrogatório mais agressivos para prisioneiros ligados à Al Qaeda, com a finalidade de prevenir novos ataques terroristas⁴³³. O sentimento geral de indignação e medo ante os ataques terroristas tem mitigado princípios antes considerados intocáveis. A possível iminência de um novo ataque terrorista coloca os EUA em uma situação de constante excepcionalidade, o que tem corroído as bases históricas de seu Estado de Direito.

3.3 Alemanha

Antes de iniciar o estudo do sistema alemão, nesta seção, e do espanhol, na próxima, far-se-á uma referência às decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre a admissibilidade das provas ilícitas.

3.3.1 O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e as provas ilícitas

As decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos — TEDH têm sido um parâmetro para as decisões das cortes superiores dos países membros da União Européia, já que o TEDH possui jurisdição de revisão sobre as cortes nacionais quando houver violação à Convenção Européia de Direitos Humanos⁴³⁴. Segundo Angelis, o princípio da primazia do

⁴³² V. *infra*, seção 3.5.

⁴³³ Ver a posição de Odeshoo, que defende a compatibilidade do soro da verdade com a Constituição americana e com os tratados internacionais que proíbem a tortura, propondo, inclusive, critérios para regulamentação legal que evite abusos: ODESHOO, Jason R. Truth or dare? Terrorism and "truth serum" in the post-9/11 world. *Stanford Law Review*, v. 57 il, p. 209 (47), out. 2004. Odeshoo defende a possibilidade de uso de *sodium pentothal* para fins de inteligência, não para uma condenação criminal, desde que precedido de autorização judicial (!); cita vários outros autores estadunidenses que defendem o uso do soro e outras forma de interrogatório mais "agressivas" (*ibidem*, notas 1-10). A revista Newsweek de 5 nov. 2001 publicou a matéria *Time to think about torture*, de Jonatham Alter, pondo o tema da tortura na pauta das discussões.

⁴³⁴ Para uma visão panorâmica das decisões do TEDH em processo penal, v. LENSING, Hans. General Comments. In: BRADLEY (Ed.). *Criminal procedure: a worldwide study*. *Op. cit.*, p. 431-439. Especificamente sobre provas ilícitas, v. MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento em el proceso penal*.

direito comunitário sobre o direito penal nacional comporta um efeito de convergência dos procedimentos nacionais⁴³⁵.

O precedente mais relevante do tribunal de Estrasburgo sobre a problemática das provas ilícitas foi proferido no caso *Shrenk v. Suíça* (1988)⁴³⁶. Nesse caso, um cidadão suíço, o Sr. Shrenk, contratou os serviços de um ex-legionário, Sr. Pauty, para que este matasse sua mulher, a Sra. Shrenk. Ao encontrar-se com a mulher de Shrenk, Pauty relatou-lhe a intenção de seu marido, tendo ambos levado os fatos ao conhecimento da autoridade policial, que iniciou uma investigação. Ainda no curso das investigações, o Sr. Shrenk realizou uma ligação telefônica para Pauty e gravou-a clandestinamente. A conversa telefônica incriminava o Sr. Shrenk e foi utilizada como prova contra ele na ação penal pelo crime de tentativa de indução ao homicídio. Segundo o art. 179 do Código Penal Suíço, realizar a gravação de uma conversa sem o conhecimento e consentimento do outro interlocutor constitui crime, e os Tribunais suíços reconheceram que a prova era ilícita, mas que mesmo assim devia ser admitida no processo.

O TEDH, ao julgar o caso à luz do direito a um processo justo (*fair trial*) previsto no art. 6.1 da Convenção Européia de Direitos Humanos, entendeu que sua jurisdição não devia analisar os fatos específicos de um processo, mas o processo em seu conjunto. Assim, entendeu que a admissão de provas ilícitas é uma questão de mera valoração probatória, afeta ao direito interno de cada país membro e que, portanto, não lesionava o princípio da presunção de inocência previsto no art. 6.2 da Convenção, pois este apenas exigia que o acusado não fosse considerado previamente como culpado⁴³⁷.

A exclusão de provas tem sido reservada apenas para situações extremas, como ocorreu no caso *Teixeira de Castro v. Portugal* (1998), no qual um agente policial infiltrado

2. ed. Barcelona: Bosch, 2004, p. 57-65

⁴³⁵ ANGELIS, Francesco de. O efeito de convergência do direito comunitário sobre o procedimento penal dos Estados-Membros. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processo penal e direitos do homem*. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 248-9.

⁴³⁶ MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 57-61. Também: GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: Colex, 1990, p. 334-5. HANNIBAL, Martin; MOUNTFORD, Lisa. *The law of criminal and civil evidence: principles and practice*. Essex: Pearson Education, 2002, p. 22-28. GÖSSEL, Karl Heinz. La prueba ilícita en el proceso penal. *Revista de derecho penal*. Editorial Rubinzal Culzoni, n. I, ano 2001. Disponível em: <http://www.rubinzal.com.ar/revistas/penal/garantias_constitucionales-e_1.htm>. Acesso em: 16 ago. 2005. § 84.

⁴³⁷ Segundo Gössel, o fundamento decisivo do TEDH, no caso *Shrenk*, foi o fato de o processo ter preservado o direito de defesa, pela possibilidade de impugnação da prova, bem como porque a condenação não se deu exclusivamente sobre a prova ilícita; v. GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, § 84.

induziu os suspeitos a praticarem o ilícito e posteriormente diligenciou sua prisão. Essa situação, que configura o flagrante preparado na jurisprudência brasileira, foi julgada lesiva ao direito a um processo justo e a prova foi excluída pelo TEDH.

Todavia, o tribunal de Estrasburgo reiterou a admissibilidade das provas ilícitas do precedente *Shrenk* no caso *Khan v. Reino Unido* (2000). Nesse caso, entendeu o TEDH que uma diligência policial de escutas clandestinas violava o art. 8 da Convenção (proteção à intimidade), mas não acarreta necessariamente a violação do direito a um processo justo na medida em que o acusado pode impugnar a integridade e a utilização de tais provas. Portanto, manteve a prova e a condenação.

Uma parcial alteração desse entendimento foi realizada no caso *Allan v. Reino Unido* (2002). Nesse precedente, o suspeito fora interrogado na delegacia e optou por permanecer em silêncio, mas os policiais introduziram um agente infiltrado na cela que o induziu a confessar o delito e realizar outras declarações incriminatórias. O TEDH entendeu nesse caso que a gravidade da lesão viola o privilégio contra auto-incriminação, e a prova devia ser descartada por afetar o direito a um processo justo⁴³⁸.

Essas decisões decorrem de uma visão do TEDH de ponderar os interesses individuais com os interesses públicos envolvidos no processo penal, mediante a utilização do princípio da proporcionalidade. Em *Soering v. Reino Unido* (1989) afirmou o tribunal de Estrasburgo que "é inerente à finalidade da Convenção procurar pela ponderação justa entre as exigências do interesse geral da comunidade e a necessidade de proteção dos direitos humanos individuais"⁴³⁹. Essa técnica da ponderação de interesses no processo penal utilizada pelo TEDH tem se estendido a vários outros países que aderiram à Convenção Européia.

Apesar de o TEDH trabalhar com uma jurisprudência de mínimos⁴⁴⁰, para viabilizar a unificação européia em torno de parâmetros básicos de defesa dos direitos humanos, é

⁴³⁸ O TEDH estabeleceu que o privilégio contra auto-incriminação está incluído no direito a um processo justo desde o precedente *Saunders* (1996). V. LENSING. *Op. cit.*, p. 434.

⁴³⁹ HANNIBAL; MOUNTFORD. *Op. cit.*, p. 24.

⁴⁴⁰ Segundo Francesco de Angelis a convergência da jurisprudência do TEDH "[...] se situa no nível do *maximum standard*, ou seja, no nível dos princípios afirmados nos países membros mais evoluídos nessa área; os menos evoluídos devem se alinhar aos valores mais elevados"; v. ANGELIS. *Op. cit.*, p. 250. Todavia, a aplicação deste postulado em matéria das regras de exclusão é delicado, pois mesmo países como Alemanha, Reino Unido e França possuem baixo nível de aceitação absoluta da regra de exclusão. V. *infra*, seção 3.5.

relevante verificar como há uma resistência em vedar totalmente a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, reservando-se a regra de exclusão apenas para violações mais graves, como ocorreu nos casos *Teixeira de Castro* e *Allan*.

3.3.2 Evolução das proibições de prova na Alemanha

O tema das provas ilícitas tem sido tratado na Alemanha sob a denominação de proibições de prova (*die Beweisverbote*)⁴⁴¹. A Lei Fundamental Alemã não possui previsão expressa proibindo a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, sendo essas proibições construídas inicialmente na doutrina⁴⁴² e posteriormente pela jurisprudência, com base nas disposições da *Strafprozessordnung* — StPO (Código de Processo Penal Alemão). O fundamento constitucional, quando os tribunais chegam à conclusão da inadmissibilidade, tem sido a violação aos princípios inerentes a um Estado de Direito, segundo uma análise da ponderação dos interesses envolvidos⁴⁴³.

A doutrina alemã realiza a diferenciação de duas espécies de proibição, ou limitações: as proibições de prática de prova (*Beweiserhebungsverbote*) e as proibições de utilização (*Beweisverwertungsverbote*). Segundo a primeira classificação, os limites para a produção da prova no direito processual são dados por quatro espécies de proibições⁴⁴⁴:

- a) proibições de temas probatórios (*die Beweismaterverbote*): determinados fatos não podem ser objeto de prova, como a revelação de um segredo de Estado por um funcionário, sem autorização;

⁴⁴¹ Para uma visão do tema, v. ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2000, p. 188-207. GÖSSEL. La prueba ilícita..., *op. cit., passim*. BÉNÉDICT. *Op. cit.*, p. 49-60. COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 19-208. WEIGEND, Thomas. Germany. In: BRADLEY (Ed.). *Criminal procedure, op. cit.*, p. 195-198 e 203-4. JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 47-8.

⁴⁴² A menção mais remota ao tema das proibições de prova na Alemanha, segundo Gössel, é de Beling, em trabalho de 1903, que afirmou que tais proibições são "limites à averiguação da verdade em um processo penal"; v. GÖSSEL. La prueba ilícita..., *op. cit.*, § 2. Também BÉNÉDICT. *Op. cit.*, p. 49.

⁴⁴³ Neste sentido: GÖSSEL. La prueba ilícita..., *op. cit.*, § 63. Bénédicte também aponta que há decisões que se fundamentam na violação do devido processo ou do julgamento justo (*fair trial*); v. BÉNÉDICT. *Op. cit.*, p. 55.

⁴⁴⁴ Esta classificação foi criada por Peters, sendo corrente da doutrina; v. GÖSSEL. La prueba ilícita..., *op. cit.*, §§ 118-128. ROXIN. *Op. cit.*, p. 190-1. JUY-BIRMANN. *Loc. cit.* BÉNÉDICT. *Op. cit.*, p. 50-4.

- b) proibições de meios de prova (*die Beweismittelverbote*), como o depoimento de uma testemunha que não foi informada de seu direito ao silêncio (§§ 52 a 55, da StPO) ou as declarações escritas de um médico sobre seu paciente (§ 256, da StPO);
- c) proibições de métodos probatórios (*die Beweismethodenverbote*), como ocorre com a vedação do § 136a da StPO ao interrogatório mediante coação psíquica, maus tratos, exaustão, interferência corporal, utilização de drogas, tortura, engano, hipnose, promessas ilegais, ou qualquer outro método que atente contra a livre determinação da vontade⁴⁴⁵;
- d) proibições probatórias relativas (*die relativen Beweisverbote*), que compreendem as diligências que apenas podem ser ordenadas ou realizadas por determinadas pessoas, como a interceptação telefônica, que necessita de autorização judicial para sua realização.⁴⁴⁶

Segundo Roxin, nem sempre que ocorrer a uma proibição de produção de prova ocorrerá necessariamente a respectiva proibição de valoração⁴⁴⁷. Conforme Gössel, citando jurisprudência alemã, as violações às proibições de temas e meios probatórios não geram a exclusão da prova⁴⁴⁸, sem prejuízo da eventual responsabilização do infrator pela violação⁴⁴⁹. Na Alemanha não há uma regra de exclusão genérica de provas obtidas por meios contrários à prescrição legal, havendo soluções pontuais para problemas específicos.

As proibições de valoração probatória são classificadas pela doutrina alemã em duas espécies: (a) as dependentes (*unselbständige*), que se fundam na lesão de uma produção de prova especificamente prevista em lei; e (b) as independentes (*selbständige*), que não estão

⁴⁴⁵ Para uma descrição da inadmissibilidade de vícios no interrogatório, v. WEIGEND. *Op. cit.*, p. 203.

⁴⁴⁶ Sobre estas limitações, concorda-se com Gössel ao afirmar que estas divisões meramente formais da doutrina alemã não são úteis à fixação de critérios para a determinação das proibições de valoração de provas; v. GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, § 128.

⁴⁴⁷ V. ROXIN. *Op. cit.*, p. 194. No mesmo sentido, classificando como proibições de prática e de aproveitamento: GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, §§ 115-7. Também BÉNÉDICT. *Op. cit.*, p. 54.

⁴⁴⁸ V. GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, §§ 123-6.

⁴⁴⁹ Hassemer exemplifica que a extração de sangue por enfermeiro, e não por médico, pode ser admitida como prova no processo penal alemão, considerando-se a certeza sobre o resultado da prova, responsabilizando-se o enfermeiro pela lesão corporal; HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 212, nota 374.

previstas em lei mas derivam genericamente de preceitos da Constituição. Para as proibições dependentes, a jurisprudência tem construído as exceções casuísticas, levando em consideração a gravidade da lesão e as circunstâncias do caso concreto⁴⁵⁰. Já para as independentes, há a possibilidade de aplicação da teoria da ponderação de interesses, como, por exemplo, nas situações de violações da intimidade não previstas em lei (filmagens clandestinas, valoração de diário íntimo etc).

Dentre as proibições dependentes, uma das poucas vedações peremptórias à admissão da prova vem prevista no art. 136a da StPO, ao estabelecer os métodos de interrogatório proibidos. Demonstrando-se que foi utilizado o método proibido, a prova será excluída. Também, após alguma oscilação na jurisprudência, o *Bundesgerichtshof* — BGH (Superior Tribunal Federal) entendeu que a ausência de informação dos direitos do interrogado a permanecer em silêncio ou receber conselho de advogado acarreta a proibição de valoração do interrogatório⁴⁵¹. Ainda assim o BGH tem construído exceções, como na situação em que se pode comprovar que o interrogado possuía conhecimento prévio de seus direitos, ou quando estava assistido por advogado e não houve o requerimento tempestivo de exclusão da prova⁴⁵². Também a questão do interrogatório por ardid, quando a polícia induz o interrogado a confessar para um terceiro com o intuito de utilizar o depoimento deste terceiro sobre a confissão, tem recebido um tratamento de ponderação de interesses. Assim, o fato de as autoridades de investigação induzirem clandestinamente o imputado a formular declarações auto-incriminadoras deve ser ponderando com a "obrigação do Estado de Direito a uma persecução penal efetiva", de forma que o testemunho pode ser introduzido "quando se trata do esclarecimento de um fato punível de importante significado, e com o uso de outros métodos de investigação a averiguação dos fatos seria muito menos eficaz ou seria consideravelmente mais complicada"⁴⁵³.

Uma decisão interessante sobre o efeito dissuasório da regra de exclusão foi tomada em relação às proibições de temas de provas. Decidiu o BGH que, quando um

⁴⁵⁰ ROXIN. *Loc. cit.* Segundo Gössel, esta divisão de proibições de natureza independentes e dependentes foi criada por Dencker e Rogall, sendo difundida na doutrina alemã; v. GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, § 106.

⁴⁵¹ ALEMANHA. *Bundesgerichtshof*, BGHSt 25, 375 (1974) (advertência não realizada no interrogatório judicial); BGHSt 38, 214 (1992) (advertência não realizada no interrogatório policial), *apud* WEIGEND. *Op. cit.*, p. 204. Também: ROXIN. *Op. cit.*, p. 194-6.

⁴⁵² ROXIN. *Loc. cit.*

⁴⁵³ ALEMANHA. *Bundesgerichtshof*, BGHSt 42, 139, *apud* ROXIN. *Op. cit.*, p. 197-8, tradução nossa. Todavia, Roxin critica tal solução de compromisso, advogando que a inadmissibilidade é a melhor solução.

funcionário público realiza uma declaração sem autorização para fazê-lo, tal fato não torna inadmissível a respectiva declaração⁴⁵⁴. Entende-se que as necessidades preventivas poderão ser suficientemente realizadas mediante a responsabilidade disciplinar do funcionário perante seu respectivo órgão. Também em relação ao privilégio de não declarar por sigilo profissional, quando o profissional decidir declarar a prova será admissível, não cabendo ao juiz perquirir se a testemunha necessitava de uma autorização especial para fornecer a informação⁴⁵⁵.

A jurisprudência alemã tem entendido que, ainda quando a prova seja produzida de forma irregular, caso uma nova decisão pudesse reproduzir a prova nos mesmos termos, não haverá necessidade de declaração da inadmissibilidade. Tal ocorre nas provas decorrentes de extração de sangue, para as quais o art. 81a da StPO exige que a medida seja autorizada pelo juiz e realizada por um médico. Ainda que a medida seja autorizada meramente por um policial ou realizada por um enfermeiro, a prova será admissível, pois uma nova autorização permitiria reproduzir a prova nos mesmos termos, o que é denominado na doutrina de cursos causais hipotéticos (uma versão tedesca da descoberta inevitável). Contudo, nessas situações a descoberta inevitável é utilizada para validar a prova diretamente obtida por meios ilícitos. Nesses problemas de amostras de sangue também se tem entendido que o fim de proteção da norma se esgota na proteção à saúde e liberdade do acusado, de forma que a existência de uma sanção penal ou disciplinar para o violador da norma já supre a proteção preventiva que se deseja, não sendo necessário efeito dissuasório adicional pela regra de exclusão⁴⁵⁶.

A flexibilidade do sistema alemão é reflexo não apenas da jurisprudência mas da própria legislação, que proporciona um amplo campo de discricionariedade à polícia para a realização de diligências em situações de urgência. Por exemplo, a Lei Fundamental alemã, em seu art. 13.2, estabelece que, para a violação do domicílio, é necessária autorização judicial ou, caso a demora possa comprometer a efetividade da diligência, esta poderá ser ordenada pelas autoridades previstas na lei, dentre as quais se incluem o promotor de justiça e os oficiais de polícia por este designados como seus auxiliares, mediante posterior ratificação judicial no prazo de três dias. Assim, a maioria das diligências enquadra-se nesse conceito de "urgência pela demora", o que possibilita soluções mais maleáveis para a ausência de mandado ou mesmo as

⁴⁵⁴ ALEMANHA. *Bundesgerichtshof*, BGH MDR 51, 275, *apud* ROXIN. *Op. cit.*, p. 200.

⁴⁵⁵ ROXIN. *Op. cit.*, p. 199.

⁴⁵⁶ ROXIN. *Op. cit.*, p. 201-2. Também: WEIGEND. *Op. cit.*, p. 197. GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, § 51.

descobertas casuais, no curso da diligência, de outros objetos não descritos no mandado⁴⁵⁷. Ainda que haja violações das formalidades, admite-se a utilização da prova⁴⁵⁸.

Em relação às escutas telefônicas, a regra é que apenas situações graves, como a ausência de ordem judicial ou do Ministério Público (que lá pode autorizar essa diligência), acarretam a inadmissibilidade. Segundo o BGH, deve haver uma margem de discricionariedade na apreciação dos pressupostos materiais da interceptação, de forma que apenas em casos de arbitrariedade ou erro grosseiro haverá a proibição de valoração⁴⁵⁹.

A maleabilidade também se estende à admissibilidade dos testemunhos de ouvir dizer, que são admitidos como meios de prova suplementar e cuja problemática é resolvida não na licitude, mas no valor probatório do testemunho. Também se admite que informantes ou agentes infiltrados prestem informações à polícia, para que essas autoridades formulem perguntas no interrogatório⁴⁶⁰.

Além dessas exceções específicas, o BGH desenvolveu a "teoria das esferas jurídicas" (*Rechtskreistheorie*), segundo o qual a valoração de provas obtidas depende de se a "lesão afeta de forma especial o âmbito de direitos do recorrente [acusado] ou se ela é apenas de uma importância secundária ou não possui importância nenhuma para ele"⁴⁶¹. Essa teoria foi construída para as violações à obrigação de advertência ao direito de não testemunhar em decorrência de privilégios pessoais (*e.g.*, por sigilo profissional) ou de não ser obrigado a confessar (privilégio contra auto-incriminação)⁴⁶². Na referida decisão do BGH, entendeu-se que a ausência de esclarecimento do direito de não falar a uma testemunha não lesionava os interesses do acusado. Essa teoria do BGH foi construída sobre o interesse em recorrer e possui certa ligação com as restrições de legitimidade de impugnação (*standing*) previstas no sistema estadunidense. Segundo Gössel, que defende tal teoria, se não houver uma lesão à condição jurídica específica do acusado, a prova poderá ser admitida; exemplifica que na situação de uma

⁴⁵⁷ Para uma visão da disciplina das buscas e apreensões domiciliares, v. WEIGEND. *Op. cit.*, p. 192-5. ROXIN. *Op. cit.*, p. 300-312. Segundo Amelung, citado por Weigend (*loc. cit.*), apenas cerca de 10% das buscas e apreensões domiciliares são precedidas por autorização judicial.

⁴⁵⁸ ROXIN. *Op. cit.*, p. 304.

⁴⁵⁹ ALEMANHA. *Bundesgerichtshof*, BGHSt 41, 34, *apud* ROXIN. *Op. cit.*, p. 202.

⁴⁶⁰ GÖSSEL. La prueba ilícita..., *op. cit.*, §§ 58-9.

⁴⁶¹ ALEMANHA. *Bundesgerichtshof*, BGHSt 11, 213, *apud* ROXIN. *Op. cit.*, p. 192, tradução nossa.

⁴⁶² GÖSSEL. La prueba ilícita..., *op. cit.*, § 21.

gravação telefônica clandestina envolvendo o interlocutor A, a prova poderá ser utilizada contra o acusado B⁴⁶³.

Essa teoria possui ligação com a "teoria do fim de proteção" (*Schutzzwecklehre*), segundo a qual a análise da proibição de valoração deve avaliar quais interesses específicos a proibição de produção da prova pretendia tutelar⁴⁶⁴. Assim, utilizando-se dessa teoria, defende Gössel que, na hipótese de violação do privilégio contra auto-incriminação, a prova será admissível caso o acusado certamente tivesse conhecimento de seu direito ao silêncio, ou não tenha se oposto oportunamente à sua utilização em plenário⁴⁶⁵.

Embora vários autores defendam a teoria da esfera jurídica⁴⁶⁶, Roxin qualifica-a como reducionista, ao considerar que a obediência aos princípios de formalidade também afetam o "âmbito de direitos" do acusado, o que torna o critério pouco adequado⁴⁶⁷.

A teoria mais relevante na jurisprudência tedesca em aplicação ao princípio da proporcionalidade é a "teoria dos três degraus", construída pelo *Bundesverfassungsgericht* — BVerfG (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) nas colisões de princípios sobre o direito à privacidade⁴⁶⁸. Segundo o BVerfG, há que se distinguir três esferas da vida privada como círculos concêntricos. No círculo mais interno está o núcleo essencial, inviolável e intangível da vida privada, subtraído de todo juízo de ponderação de interesses. Exemplo dessa área nuclear é a proibição de utilização de um diário com introspecções íntimas, ainda que validamente apreendido⁴⁶⁹. Já numa área intermediária está a área normal da vida privada, expressão e condição do livre desenvolvimento da personalidade; ainda que protegida pela Constituição, não é um direito absoluto, e, portanto, está aberta às colisões decorrentes dos compromissos e vinculações comunitárias. Assim, "o seu sacrifício em sede de prova em processo penal estará

⁴⁶³ *Ibidem*, §§ 154-162.

⁴⁶⁴ Para uma análise da teoria do fim de proteção, v. COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 103-7.

⁴⁶⁵ GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, §§ 160-1.

⁴⁶⁶ Segundo COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 92, defendem tal teoria Schäfer, Sax e Gössel. Segundo Weigend, apesar de tal teoria ter sido construída sobre a prova testemunhal, pode-se concluir a posição da jurisprudência alemã de apenas excluir a prova derivada de uma busca e apreensão ilegal quando a diligência ocorrer na residência do próprio acusado e ou de terceiros; v. WEIGEND. *Op. cit.*, p. 197.

⁴⁶⁷ ROXIN. *Op. cit.*, p. 192-3.

⁴⁶⁸ Para uma descrição desta teoria e respectivas críticas, v. COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 94-100.

⁴⁶⁹ Neste sentido: ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 34, 238 (1973); BVerfGE 80, 367 (1983), *apud* WEIGEND. *Op. cit.*, p. 196. Registre-se que no caso do diário de 1989 a Corte entendeu que as partes do diário que não sejam introspecções, mas descrições dos sentimentos do escritor sobre terceiros, podem ser validamente utilizadas; v. WEIGEND. *Loc. cit.*

legitimado sempre que necessário e adequado à salvaguarda de valores ou interesses superiores, respeitadas as exigências do princípio de proporcionalidade"⁴⁷⁰. Finalmente, há uma área periférica da vida normal, que apesar de usualmente subtraída do domínio da publicidade, suas lesões são socialmente adequadas e toleradas.

Gössel afirma que o BGH, durante a década de 1990, tem recorrido cada vez mais ao critério da ponderação de interesses, segundo o qual "deve-se ponderar os interesses de uma administração da justiça funcional contra o peso da violação constitucional e sua importância para os interesses individuais do acusado"⁴⁷¹. Assim, o Tribunal Federal passa a avaliar não apenas a esfera jurídica de interesses do acusado, mas especialmente a relevância da prova para a realização eficaz do controle penal da criminalidade grave.

Segundo Roxin, a teoria dos três degraus tem aplicação limitada às proibições independentes, que emanam diretamente da Constituição, sem disciplina legal específica. Afirma:

Nas situações em que se trata de uma "proibição de valoração independente", portanto, naqueles em que o Estado não chegou a possuir o meio probatório através de uma produção ilegal, se pondera, com razão, entre os interesses da persecução penal e a proteção da personalidade do imputado, de modo tal que, caso se trate de delitos muito graves, a valoração é admissível.⁴⁷²

Apesar dos grandes avanços dessa teoria do BVerfG, o problema central dessa construção tem sido definir os limites claros entre o núcleo essencial e a área intermediária sujeita à ponderação de interesses. A solução do Tribunal Constitucional tem sido de solucionar a questão caso a caso, atendendo a todas as circunstâncias particulares. Segundo Weigend, os critérios que as Cortes utilizam para realizar a ponderação de interesses são a gravidade da lesão (que é maior na atitude dolosa dos policiais em desrespeitar a lei), a importância do direito individual violado e a relevância da prova para a resolução do caso⁴⁷³.

São exemplos dessa ponderação de interesses a possibilidade de avaliação de registros contábeis pessoais de um criminoso reincidente ou da gravação de conversa pessoal

⁴⁷⁰ COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 95.

⁴⁷¹ GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, § 26. Gössel denomina-a teoria da ponderabilidade (*Abwägungstheorie*).

⁴⁷² ROXIN. *Op. cit.*, p. 204. Em sentido semelhante, entendendo absolutas as proibições decorrentes de violações frontais à regulamentação legal, sem possibilidade de consideração da ponderação de interesses ou do fim de proteção, v. GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, § 150. Registre-se que Gössel entende que tais situações são excepcionais, e que na maioria dos casos é possível uma análise do problema segundo as teorias da ponderação e do fim de proteção.

⁴⁷³ WEIGEND. *Op. cit.*, p. 196.

entre uma pessoa e o acusado na qual se planeja um crime. Nesses casos, se o crime investigado é grave, os tribunais tedescos admitem a prova, mas caso se trate de um crime de bagatela (injúria, dano) a prova não será admissível. Por último, estão na zona periférica, que admite plenamente a utilização da prova, as situações de abuso de direito, como a gravação de conversa telefônica da extorsão do seqüestrador, ou as situações de exercício regular de direito, como quando um corretor de bolsa grava as ordens de transação de um investidor.

Adverte Roxin que o meio de prova será inadmissível quando se tratar de violações graves ou dolosas de direitos realizadas pelos agentes do Estado⁴⁷⁴. Assim, há um precedente antigo do BVerfG que inadmitiu uma busca e apreensão domiciliar realizada de forma grosseiramente intrusiva, por entendê-la, nas circunstâncias, fora de proporção com os interesses legítimos de aplicação da lei⁴⁷⁵.

Em resumo, Gössel afirma que uma proibição de aproveitamento da prova deve ser analisada numa perspectiva global do ordenamento jurídico, com especial consideração dos fins de proteção que a norma possui, de forma que:

Se existe tal violação, deve julgar-se sob o ponto de vista dos termos respectivos das regulamentações, da conexão sistemática das leis e da criminalidade, entre outros, com referência às finalidades perseguidas pelas regulamentações respectivas, especialmente eventuais fins de proteção, ainda que dependa também, sob certas circunstâncias, de uma ponderação dos interesses respectivos eventualmente em colisão.⁴⁷⁶

Finalmente, em relação às investigações ilícitas realizadas por particulares, a posição da jurisprudência majoritária é no sentido de que as proibições de prova não se aplicam nessas circunstâncias. Conforme Roxin:

Dado que as disposições sobre o procedimento da StPO (e ante tudo as proibições de métodos probatórios!) apenas estão dirigidas aos órgãos da persecução penal, esse tipo de provas [obtidas por particulares] são, em princípio, *valoráveis*; uma exceção deve ser, unicamente, para casos de extrema violação dos direitos humanos [...], por exemplo, quando um particular obtém uma confissão através de torturas insuportáveis [...]⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ ROXIN. *Op. cit.*, p. 205.

⁴⁷⁵ ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 44, 353 (1977), *apud* WEIGEND. *Op. cit.*, p. 196.

⁴⁷⁶ GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, § 143, tradução nossa.

⁴⁷⁷ ROXIN. *Op. cit.*, p. 206, tradução nossa, grifo do autor. Verifica-se que é criticável a redação do autor (ou a tradução), ao referir-se a "torturas insuportáveis", indicando, implicitamente, que haveria "torturas suportáveis", o que é uma contradição. Em sentido semelhante, pela inadmissibilidade de provas produzidas por particulares

Segundo Gössel, citando precedente do BGH, também se deve realizar a ponderação de interesses da teoria dos três degraus para as violações da privacidade realizadas por particulares⁴⁷⁸. Afirma que é de se aplicar o precedente *Shrenk*, do TEDH, para se julgar válidas tais provas.

Finalmente, em 1997 foi realizada uma emenda constitucional que alterou o art. 13 da Lei Fundamental para permitir a realização de gravações ambientais na residência de suspeitos de crimes especialmente graves, e em 1998 foi realizada uma reforma no art. 100c e seguintes da StPO para disciplinar a a interceptação ambiental⁴⁷⁹.

3.3.3. Tratamento da ilicitude por derivação

Segundo o entendimento majoritário, não existe o efeito à distância (*Fernwirkung*) para estender a inadmissibilidade de uma prova ilícita sobre a prova dela derivada⁴⁸⁰, sendo a jurisprudência do BGH bem liberal sobre o tema. Há precedente do BGH admitindo o testemunho de uma pessoa localizada em decorrência das informações ilegais obtidas por um agente introduzido clandestinamente na cela para ouvir uma confissão informal do acusado⁴⁸¹. Em relação às interceptações telefônicas ilícitas, a inadmissibilidade limita-se à utilização das gravações em juízo e aos testemunhos relativos ao conteúdo dessas conversas, não se estendendo às investigações de eventuais fatos descobertos na interceptação. O BGH admitiu, por exemplo, a confissão do interrogado realizada após a oitiva de uma interceptação telefônica ilegal na qual ele se auto-incriminava⁴⁸².

mediante tortura: GÖSSEL. La prueba ilícita..., *op. cit.*, §§ 99-100.

⁴⁷⁸ ALEMANHA. *Bundesgerichtshof*, BGHSt 36 167, 173, *apud* GÖSSEL. La prueba ilícita..., *op. cit.*, § 99. Em sentido diverso, interpretando que as decisões do BVerfG (antigas, da década de 60) não admitem provas produzidas por particulares: COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 153-159.

⁴⁷⁹ Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 50-53. Muñoz Conde relata que parte dessa reforma processual de 1998 foi declarada inconstitucional pelo BVerfG, para incluir requisitos mais incisivos de intervenção indiciária e não-gravação de conversas íntimas não ligadas à investigação.

⁴⁸⁰ Neste sentido: WEIGEND. *Op. cit.*, p. 197. Na doutrina alemã o debate é acirrado havendo posições para ambos os lados; são contrários aos efeitos extensivos, segundo Roxin: Stuttgart, Sarstedt, Rogall e Seiler; v. ROXIN. *Op. cit.*, p. 205, nota n. 25. Também é contrário ao efeito extensivo: GÖSSEL. La prueba ilícita..., *op. cit.*, § 53.

⁴⁸¹ ALEMANHA. *Bundesgerichtshof*, BGHSt 34, 362 a 364 (1987), *apud* WEIGEND. *Op. cit.*, p. 197, nota n. 47. Realizando a mesma referência, mas criticando-a: ROXIN. *Op. cit.*, p. 206.

⁴⁸² ALEMANHA. *Bundesgerichtshof*, BGHSt 32, 68; 35, 32, *apud* WEIGEND. *Op. cit.*, p. 197, nota n. 46; também: ROXIN. *Op. cit.*, p. 205.

Em relação à exceção de desconexão da ilicitude, as cortes alemãs têm admitido a validade da confissão posterior a um interrogatório viciado, mesmo que o declarante não tenha sido informado do fato de que suas afirmações anteriores não podiam ser utilizadas em juízo⁴⁸³.

Ademais, admitem-se as exceções de fonte independente e descoberta inevitável. Segundo Roxin, "uma proibição de valoração probatória não é de se aplicar quando o meio de prova seria obtido também, possivelmente, sem o vício do procedimento; antes, sua obtenção seria realizada muito provavelmente em virtude das investigações precedentes"⁴⁸⁴. Apenas excepciona Roxin que deve ser aplicada a regra de exclusão quando ocorrerem faltas graves no procedimento, e for imprescindível a exclusão por motivos de tutela jurídica preventiva. Como exemplo, cita a ausência total de autorização judicial. Como anota Costa Andrade, a tese da relevância dos processos alternativos conta com o apoio decisivo da jurisprudência alemã, como ocorreu no caso Weimar⁴⁸⁵. Nesse caso a Sra. Weimar era suspeita de ter matado seus dois filhos; a polícia, munida do devido mandado judicial, realizou uma busca no domicílio de Weimar; no dia seguinte, a polícia retornou ao local, sem mandado, e realizou outra busca, tendo apreendido peças de vestuário que pretendia utilizar contra a acusada. O BGH decidiu que a prova era válida, pois se a polícia houvesse tempestivamente solicitado a autorização, ela seria expedida conforme a anterior.

De qualquer sorte, a teoria da proporcionalidade permite recorrer às provas indiretas na Alemanha, quando se tratar de investigação de crimes graves⁴⁸⁶.

3.3.4 Considerações finais

Percebe-se que a Alemanha é um dos países objeto deste estudo com o sistema mais flexível sobre o tratamento das proibições de prova. O sistema alemão não admite uma regra geral para exclusão de provas obtidas por meios ilícitos, mas fornece respostas pontuais a determinadas situações. Também sobre as provas derivadas a regra é a admissibilidade. De

⁴⁸³ ALEMANHA. *Bundesgerichtshof*, BGHSt 37, 48 a 53 (1990); BGHSt NSStZ 1998, 419, *apud* WEIGEND. *Op. cit.*, p. 204. Na doutrina, Roxin postula que nesta situação deveria ocorrer a informação qualificada de que a primeira declaração não poderia ser valorada: ROXIN. *Op. cit.*, p. 196.

⁴⁸⁴ ROXIN. *Op. cit.*, p. 193. No mesmo sentido, admitindo os processos hipotéticos de investigação por réplica dos comportamentos lícitos alternativos, é a posição de Grünwald, Klug, Welp, Rogall, Wolter, Dencker; v. COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 107-110.

⁴⁸⁵ COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 108-9.

⁴⁸⁶ BÉNÉDICT. *Op. cit.*, p. 60.

qualquer forma, observa-se uma tendência de vedação de utilização das provas obtidas com graves violações a direitos fundamentais. A técnica de constatação da inadmissibilidade da prova, para as violações a preceitos constitucionais, tem sido a teoria dos três degraus e a ponderação de interesses, considerando-se de forma conjunta a espécie de lesão, a gravidade do delito investigado e a relevância da prova.

Como lembra Costa Andrade, as proibições de prova do direito alemão estão ligadas a figuras de direito substantivo, enquanto as *exclusionary rules* do direito estadunidense estão ligadas a institutos de recorte processual, apesar de, em ambos os sistemas, haver uma ligação das duas perspectivas⁴⁸⁷.

3.4 Espanha

3.4.1 Desenvolvimento da regra de exclusão do art. 11.1 da LOPJ

A Constituição Espanhola de 1978 não possui nenhuma disposição expressa no sentido da necessidade de adoção de uma regra de exclusão de provas obtidas por meios ilícitos. Determina seu art. 24:

Artigo 24

1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa se produzir ausência de defesa.
2. Ainda assim, todos têm direito ao juiz ordinário predeterminado pela lei, à defesa e à assistência de advogado (*letrado*), a ser informado da acusação formulada contra si, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, a não declarar contra si mesmo, a não se confessar culpado e à presunção de inocência. [...]⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 185.

⁴⁸⁸ ESPANHA. Constitución Española (1978). Art. 24. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2005. Tradução nossa do original: "Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos."

As primeiras decisões do Tribunal Constitucional Espanhol (TC) sobre o tema, proferidas nos Autos (AATC) 173/1984 e 289/1984, rechaçaram que a Constituição espanhola exigisse uma regra de exclusão para as provas obtidas com violação de direitos constitucionais, apesar da gravidade dos fatos. Os autos versavam, respectivamente, sobre um furto de documentos em um escritório de advocacia, e uma apreensão ilegal de documentos realizada por policiais.

Todavia, ainda no mês de novembro de 1984, o Tribunal Constitucional alterou seu entendimento na Sentença — STC 114/1984, que reverteu os recentes precedentes para afirmar que a Constituição Espanhola exige uma regra de exclusão. Logo após tal decisão, e nela inspirada, veio a lume o art. 11.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciário (*Ley Orgánica del Poder Judicial* – LOPJ), que sedimentou em nível legislativo a regra de exclusão. Analisar-se-á esse desenvolvimento.

A STC 114/1984 versou sobre um processo trabalhista de exoneração de um funcionário público, que fora flagrado extorquindo de um superior uma promoção para que não revelasse determinadas informações supostamente comprometedoras a seu superior. A prova da extorsão, que ensejou a exoneração, foi uma gravação ambiental subreptícia realizada pela vítima. Em sede de recurso de amparo, o TC afirmou que o direito a um processo com todas as garantias, previsto no art. 24 da Constituição, vedava a utilização no processo de provas obtidas em violação ao direito fundamental da privacidade. Entendeu o Tribunal que a existência de tal direito:

pode existir em alguns casos, mas não em virtude de um direito constitucional fundamental que possa considerar-se originariamente afetado, mas como expressão de uma garantia objetiva e implícita no sistema dos direitos fundamentais, cuja vigência e posição preferente no ordenamento pode requerer a desconsideração de toda prova obtida com lesão dos mesmos.⁴⁸⁹

O fundamento que o Tribunal Constitucional utilizou para justificar a inadmissibilidade das provas foi exatamente o argumento do *deterrent effect* utilizado na jurisprudência estadunidense, sendo a regra de exclusão uma garantia de proteção dos direitos

⁴⁸⁹ ESPANHA. Tribunal Constitucional, STC 114/1984, *apud* FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 25, tradução nossa.

fundamentais⁴⁹⁰. O TC não aplicou a nova orientação ao caso concreto, mas afirmou que seria reservada apenas aos casos posteriores.

Fidalgo Gallardo, comentando a referida decisão, assevera que a Corte realizou, na STC 114/1984, uma engenharia constitucional, tendo abandonado o campo da interpretação para lançar-se diretamente na criação do Direito⁴⁹¹. Com efeito, o quadro fático não devia ensejar qualquer discussão de ilicitude, seja porque a gravação fora realizada pela vítima da extorsão em legítima defesa, seja porque se tratava de um funcionário público no exercício de suas funções, e, portanto, com nível de privacidade necessariamente reduzido em decorrência do conflito com a publicidade dos atos do administrador e com a probidade administrativa.

No ano seguinte à prolação da referida sentença, o legislador espanhol aprovou a LOPJ, que determina em seu art. 11.1:

Em todo tipo de procedimento se respeitarão as regras de boa-fé. Não surtirão efeito as provas obtidas, direta ou indiretamente, violentando os direitos ou liberdades fundamentais.⁴⁹²

A expressão “não surtirão efeito” tem sido interpretada pela jurisprudência espanhola como vedação tanto de admissão quanto de valoração (se inicialmente admitida a prova)⁴⁹³.

A expressão “indiretamente”, segundo entendimento da doutrina majoritária, faz referência à ilicitude por derivação, que é denominada na doutrina espanhola de efeito reflexo⁴⁹⁴. Contudo, conforme será visto abaixo, tanto o Tribunal Constitucional como o Tribunal Superior tem recebido as exceções estadunidenses relativas à ilicitude derivada, tendo

⁴⁹⁰ Neste sentido: MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 67.

⁴⁹¹ FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 26.

⁴⁹² FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 31, tradução nossa. Segundo Picó i Junoy, o parlamento espanhol fundamentou-se na STC 114/84 para justificar a aprovação da redação deste art. 11.1 da LOPJ; v. PICÓ I JUNOY, Joan. Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas. *La Ley*, ref. D-19, tomo 1, v. 1, 23 jan. 1997.

⁴⁹³ Neste sentido: URBANO CASTRILLO, Eduardo de; TORRES MORATO, Miguel Ángel. *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 44. Também MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 94-103.

⁴⁹⁴ Ver: URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO. *Op. cit.*, p. 45-6; FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 35-37; MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 113-142; RIVES SEVA, Antonio Pablo. *La prueba en el proceso penal: doctrina de la sala segunda del tribunal supremo*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 1999, p. 92-6. Em sentido contrário, entendendo que a expressão indiretamente não se refere às provas derivadas, mas à impossibilidade de introdução da prova no processo: PICÓ I JUNOY. *Op. cit.*, item 5.1.

especialmente desenvolvido a teoria da conexão de antijuridicidade para esclarecer em quais circunstâncias há ou não a contaminação derivada.

A regra de exclusão do art. 11.1 da LOPJ tem aplicabilidade restrita às violações de direitos ou liberdades fundamentais, e não a quaisquer lesões a outros valores constitucionais não revestidos de fundamentalidade. O Tribunal Constitucional tem limitado a aplicabilidade da regra do art. 11.1 da LOPJ às lesões aos direitos insculpidos no Capítulo II, Título I da Constituição Espanhola⁴⁹⁵, texto semelhante ao art. 5º da Constituição Brasileira⁴⁹⁶, ainda que tal tema seja fonte de inúmeras discussões doutrinárias. Díaz Cabiale e Martín Morales⁴⁹⁷ defendem a tese de que a inadmissibilidade deve se estender às lesões a outros valores constitucionais, mas não às infrações de disposições meramente legais, propondo como critérios diferenciadores das lesões constitucionais e das meramente legais que "o intérprete, na hora de delimitar a linha que separa os planos de legalidade e constitucionalidade, deve ater-se aos critérios de correspondência e da intensidade constitucional"⁴⁹⁸. Segundo os referidos autores, a lesão às disposições meramente legais não deve ativar a garantia constitucional da inadmissibilidade, mas apenas considerar as regras infraconstitucionais relativas às nulidades (art. 238.3 LOPJ)⁴⁹⁹. Esse entendimento tem sido aplicado pela Sala Segunda do Tribunal Superior, que distingue os planos da licitude constitucional, que ativa a garantia do art. 11.1 LOPJ, e da legalidade ordinária, que ativa as regras de nulidade previstas no art. 238 *et seq.* da LOPJ⁵⁰⁰, não se admitindo neste último nível a existência de efeito reflexo da prova (ausência de contaminação das provas derivadas).

O Tribunal Constitucional, nas primeiras decisões após a vigência do art. 11.1 da LOPJ, afirmava que o fundamento constitucional do referido dispositivo era o direito constitucional à presunção de inocência⁵⁰¹. Mas segundo o entendimento mais recente do

⁴⁹⁵ DÍAZ CABIALE, José Antonio; MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madri: Civitas, 2001, p. 65-6, nota 54.

⁴⁹⁶ ESPANHA. Constitución Española (1978). Art. 14 a 38. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion.htm>>. Acesso em: 08 ago. 2005.

⁴⁹⁷ DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 203-234.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, p. 222, tradução nossa.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, p. 229-234. Registre-se posição contrária de MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 76-7, no sentido de que as violações à legalidade também gerariam lesão aos direitos fundamentais, especialmente do direito de defesa e à presunção de inocência.

⁵⁰⁰ Neste sentido: MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 77-87. Também RIVES SEVA. *Op. cit.*, p. 89-92.

⁵⁰¹ ESPANHA. Tribunal Constitucional. SSTC 114/1984, 86/1995, 49/1996, 54/1996, 127/1996, *apud* DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 29, nota 14.

Tribunal Constitucional após a construção da teoria da conexão de antijuridicidade, a regra de exclusão do art. 11.1 da LOPJ possui como fundamento constitucional o direito a um processo com todas as garantias⁵⁰². Ainda assim, na doutrina existem defensores de que a justificativa para a regra de exclusão está no direito à presunção de inocência⁵⁰³, havendo, ademais, os que não reconhecem qualquer exigência constitucional da regra de exclusão⁵⁰⁴.

Após a vigência do art. 11.1 da LOPJ, foram editadas novas leis ampliando a regra de exclusão para outras instâncias judiciais. Assim, surgiram leis específicas para o processo arbitral, trabalhista, para o procedimento do Tribunal do Júri e para o processo civil⁵⁰⁵, utilizando como critério de exclusão ora a violação à lei, ora aos direitos fundamentais.

3.4.2 Exceção de boa fé e a admissibilidade da prova pro reo

A regra de exclusão, segundo Díaz Cabiale e Martín Morales⁵⁰⁶, teve um ciclo que vai de sua ausência de reconhecimento antes da STC 114/1984, sua fase de crescimento garantista que vai dessa decisão até o ano de 1998, quando foi proferida a STC 81/1998, que criou a teoria da conexão de antijuridicidade (a ser abordada abaixo), e a partir dessa data um processo de involução (ou de reequilíbrio, conforme a opção doutrinária sobre o tema). Desde então, o Tribunal Constitucional passou a sensibilizar-se com os valores concorrentes da proteção à sociedade, direitos da vítima, efetividade do processo para, realizando uma ponderação dos custos da regra de exclusão frente ao seu efeito dissuasório, admitir a utilização de provas com violações formais às regras constitucionais. Sobre essa nova posição, assim se manifestam Urbano Castrillo e Torres Morato:

Em efeito, na atualidade [...], assistimos ao surgimento do princípio da "relativização da prova ilícita", em que se abre passo ao "espaço de

⁵⁰² ESPANHA. Tribunal Constitucional. SSTC 81/1998, 49/1999, 94/1999, 139/1999, 161/1999, 171/1999, 238/1999, 239/1999, 8/2000, 50/2000, 126/2000, 127/2000 e 299/2000, *apud* DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 32. Também neste sentido: MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 88, nota 174.

⁵⁰³ Neste sentido: DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 27-64. URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO. *Op. cit.*, p. 47. MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 87-94.

⁵⁰⁴ OLIVA SANTOS, Andrés de la. Prólogo. In: FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. XXVII a XXIX. *Idem*. Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas. *Tribunales de Justicia*, [s.n.], n. 8-9, p. 6, ago.-sept. 2003. Também: FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 9-48.

⁵⁰⁵ Respectivamente, o art. 44 da Ley 36/1988 para o processo arbitral; o art. 90.1 do *Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral*, aprovada pela Real Decreto Legislativo 2/1995, para o processo trabalhista; art. 36 da *Ley Orgánica del Tribunal del Jurado* 5/1995 para o Tribunal do Júri; e os artigos 283.3, 287 e 433.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (Ley 1/2000) para o processo civil. V. FIDALGO GALLARDO. *Op. cit.*, p. 40-44.

⁵⁰⁶ DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 235-6.

discricionariez" que corresponde aos 6rg6es judiciais - tend6ncia observada nos pa6ses anglo-sax6es -, para ponderar todas as circunst6ncias do caso, bens constitucionais implicados e o concreto impacto processual da vulnera6o produzida. Operando como elemento de contraste, decisivo para seu controle em via de recurso, a "qualidade da motiva6o" da decis6o adotada.⁵⁰⁷

Ap6s o ponto de inflex6o da STC 81/1998, o Tribunal Constitucional passou a ter uma leitura mais ponderada dos interesses em conflito na prova, tendo admitido a exce6o de boa-f6, nos termos de sua cria6o pela Corte Suprema estadunidense. Essa recep6o ocorreu a partir da STC 22/2003, na qual houve uma busca e apreens6o policial realizada na casa de um suspeito, sem mandado judicial, mas com a autoriza6o de sua esposa, na qual ocorreu a apreens6o de uma arma de fogo; entretanto, o marido e a esposa estavam separados, a apreens6o ocorreu na habita6o do marido e a esposa possu6a interesse em que seu marido fosse condenado, sendo que os policiais n6o sabiam de tais circunst6ncias. O Tribunal Constitucional reconheceu que o consentimento n6o era v6lido, mas tamb6m verificou que os policiais agiram de boa-f6 sobre as circunst6ncias, sem dolo ou culpa e que, caso soubessem de tais circunst6ncias, poderiam ter prontamente diligenciado o mandado judicial e a dilig6ncia se realizaria da mesma forma. Assim, concluiu que:

Em casos como o presente, em que a origem da les6o ocorre pela insuficiente defini6o da interpreta6o do ordenamento, em que se atua por 6rg6es investigadores na cren6a solidamente fundada de estarem respeitando a Constitui6o e que, ademais, a atua6o em respeito ao direito fundamental haveria conduzido, sem d6vidas, ao mesmo resultado, a exclus6o da prova se revela como um rem6dio impertinente e excessivo que, portanto, 6 preciso recha6ar. [...] a ofensa ao direito 6 inviolabilidade do domic6lio 6, por assim dizer, um mero acidente.⁵⁰⁸

Segundo Mu6oz Conde, a primeira parte do art. 11.1 da LOPJ, que estabelece que "em todo tipo de procedimento se respeitar6o as regras de boa-f6", 6 um reconhecimento da possibilidade de aplica6o da exce6o de boa-f6⁵⁰⁹.

Uma outra exce6o 6 regra de exclus6o, aceita pelo Tribunal Superior, 6 a prova il6cita que pode ser utilizada para favorecer a defesa do acusado (*pro reo*). Na Senten6a do Tribunal Superior (STS), 9 julho 1994, admitiu-se a utiliza6o de uma prova nula, consistente em

⁵⁰⁷ URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO. *Op. cit.*, p. 68, tradu6o nossa.

⁵⁰⁸ ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC 22/2003, f. 10-11, *apud* MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 105, tradu6o nossa. Para cr6ticas a tal posi6o v. *ibidem*, p. 105-7; D6AZ CABIALE; MART6N MORALES. *Op. cit.*, p. 76-90.

⁵⁰⁹ MU6OZ CONDE. *Op. cit.*, p. 35.

uma diligência de busca e apreensão viciada na qual se constatara a inexistência da droga e das armas que se buscavam⁵¹⁰.

3.4.3 Tratamento da ilicitude por derivação

A posição inicial da jurisprudência espanhola após a edição do art. 11.1 LOPJ foi de interpretar a expressão "indiretamente" como referindo-se à vedação à admissibilidade das provas lícitas que derivam das informações de outra prova ilícita⁵¹¹. O Tribunal Superior espanhol tem distinguido entre uma "prova diferente (mas derivada), com prova independente (sem conexão causal)"⁵¹², estabelecendo que apenas na primeira há a contaminação.

O grande problema desse tema têm sido delimitar em quais situações há efetivamente uma relação de causa e efeito entre as provas a ponto de justificar a contaminação derivada. Para resolver tal questão, o Tribunal Constitucional elaborou a teoria da conexão de antijuridicidade e incorporou várias outras exceções estadunidenses à teoria dos frutos da árvore envenenada.

3.4.3.1 Teoria da conexão de antijuridicidade

Como já referido, a STC 81/1998 foi o precedente do Tribunal Constitucional que criou a denominada teoria da conexão de antijuridicidade. Segundo essa teoria, para o reconhecimento da eficácia reflexa não é suficiente a mera relação de conexão causal-natural entre a prova ilícita e a prova derivada, mas é necessária a existência de uma "conexão de antijuridicidade". Essa teoria representa uma aglutinação de várias das exceções estadunidenses, em especial o desenvolvimento de critérios concretos para a aplicação da teoria do nexos causal atenuado (ou vício diluído).

⁵¹⁰ *Apud* MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 108.

⁵¹¹ Neste sentido: ESPANHA. Tribunal Constitucional. SSTC 86/1995, 49/1996 e 54/1996, *apud* DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 93. Também ESPANHA. Tribunal Superior. Auto TS 18 junio 1992 e STS 29 marzo 1990, *apud* MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 115 e 118. Todavia, registre-se que vários doutrinadores espanhóis se posicionam contrários a esta interpretação de que a expressão "indiretamente" teria adotado a teoria dos frutos da árvore envenenada; v. MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 115, nota n. 247, citando vários autores.

⁵¹² ESPANHA. Tribunal Superior. STS 4 marzo 1997, *apud* MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 121.

No caso julgado na STC 81/1998, o acusado estava sendo investigado por tráfico de drogas, a polícia realizou uma interceptação telefônica que não cumpriu o requisito constitucional de explicitação do objeto da investigação⁵¹³ da qual surgiram indícios de que em determinado dia o acusado receberia a droga. No referido dia os policiais prenderam o acusado, tendo encontrado em seu poder pacotes contendo cocaína. A prova principal dos autos foram os depoimentos dos policiais que realizaram a diligência. O acusado interpôs recurso de amparo ao Tribunal Constitucional argumentando a ilicitude da prova original e contaminação das derivadas (apreensão das drogas e depoimentos dos policiais). Nesse caso, o Ministério Público (fiscalia) em atuação perante o TC proferiu parecer favorável à tese do recorrente.

Nessa decisão, o Tribunal Constitucional partiu de premissas fixadas anteriormente na STC 159/1986 de que:

Os direitos e liberdades fundamentais não são absolutos, mas também não o são os limites que a se submete o exercício de tais direitos e liberdades. Tanto as normas de liberdade com as chamadas normas limitadoras se integram em um único ordenamento inspirado pelos mesmos princípios [...]. Ao contrário, tanto os direitos individuais como suas limitações, considerando que essas derivam do respeito à lei e aos direitos dos demais, são igualmente considerados no art. 10.1 da Constituição como 'fundamento da ordem política e da paz social'.⁵¹⁴

Afirmou o Tribunal que a averiguação e punição dos delitos graves também era um valor constitucional que deve ser considerado na verificação do "processo justo", exigido pela Constituição espanhola e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O Tribunal entendeu que a prova reflexa não era em si mesma ilícita, mas que a derivação da ilicitude apenas ocorreria quando estivesse presente uma conexão de antijuridicidade entre a prova original ilícita e sua derivada. Para o reconhecimento dessa conexão, o Tribunal criou duas perspectivas, a interna e a externa. A primeira se refere à índole e características da lesão originária do direito fundamental (gravidade da lesão original); a segunda, ao resultado e às necessidades essenciais de conferir efetividade ao direito fundamental afetado pela ilicitude. Essa perspectiva externa incorpora o

⁵¹³ A decisão do TC baseou-se nos fatos reconhecidos pelo TS, afirmando que "a infração constitucional radica na falta de expressão parcial do pressuposto legitimador da ingerência no direito fundamental", dando a entender que houve um vício procedimental na decisão judicial que teria autorizado a interceptação telefônica, de não explicitar os fatos que seriam objeto da investigação. V. ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC 81/1998. Fundamentos n. 5 e 6. Disponível em: <http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1998-0081> (Sítio do Boletín Oficial del Estado). Acesso em: 8 ago. 2005.

⁵¹⁴ *Idem*, item n. 1 da Ementa.

efeito dissuasório (*deterrent effect*) da jurisprudência estadunidense, para levar em conta o dolo ou culpa grave na lesão originária. Nos termos da STC 81/1998:

Para determinar se essa conexão de antijuridicidade existe ou não, temos de analisar, em primeiro plano, a índole e características da lesão do direito ao segredo das comunicações materializadas na prova originária, assim como seu resultado, com o fim de determinar se, desde o ponto de vista interno, sua inconstitucionalidade se transmite ou não à prova obtida por derivação daquela; todavia, também temos de considerar, desde uma perspectiva que poderíamos denominar externa, as necessidades essenciais de tutela que a realidade e efetividade do direito ao segredo das comunicações exige. Essas duas perspectivas são complementares, pois apenas se a prova reflexa resulta juridicamente alheia à lesão do direito e a proibição de valoração não vem exigida pelas necessidades essenciais de tutela do mesmo caberá entender que sua efetiva apreciação é constitucionalmente legítima, ao não incidir negativamente sobre nenhum dos aspectos que configuram o conteúdo do direito fundamental substantivo.⁵¹⁵

Apesar de o Tribunal se referir, na perspectiva externa, à necessidade de tutela do direito substantivo violado, trata-se, em verdade, da ponderação sobre a necessidade de aplicação da garantia processual da inadmissibilidade, diante de considerações sobre o efeito dissuasório da regra de exclusão sobre as eventuais futuras violações, já que o direito substantivo do caso concreto já está violado e quanto a este não é mais possível qualquer tutela. Em conclusão, reconheceu o Tribunal que os conhecimentos derivados da lesão ilegal ao sigilo da comunicação telefônica não foi indispensável nem determinante por si só para a apreensão da droga, pois essa teria ocorrido também, razoavelmente, sem a lesão ao direito, em decorrência das investigações que estavam em andamento.

Quanto ao efeito dissuasório, o Tribunal reconheceu neste caso que havia uma divergência na jurisprudência sobre a necessidade ou não de se explicitar no mandado judicial o objeto da investigação, pelo que o vício excluiria o dolo ou culpa grave e "nos situa no âmbito do erro, frente ao qual as necessidades de dissuasão não podem se reputar indispensáveis desde a perspectiva da tutela do direito fundamental ao segredo das comunicações"⁵¹⁶. O Tribunal também avaliou a circunstância de que o acusado estava sob um intenso processo de investigação e que, portanto, os conhecimentos derivados da prova ilícita não foram essenciais à obtenção da segunda prova já que essa teria ocorrido, razoavelmente, sem a lesão do direito. Assim, o Tribunal levou em consideração a gravidade do delito investigado e a diminuta irregularidade

⁵¹⁵ *Idem*, Fundamento n. 4.

⁵¹⁶ *Idem*, Fundamento n. 6.

cometida na prova originária para concluir que a prova originária (escuta telefônica) era inadmissível, mas as provas dela decorrentes (apreensão da droga e depoimentos dos policiais sobre a apreensão) eram provas válidas.

Esse critério da conexão de antijuridicidade foi novamente reiterado na STC 49/1999. Nessa decisão, ocorreu uma interceptação telefônica com autorização judicial, na qual o juiz, como argumentação, fez remissão aos fundamentos da representação policial, e esta explicitava apenas suspeitas vagas de tráfico de entorpecentes sem indicação precisa dos informantes ou investigações. Realizada a interceptação, houve notícia que determinado dia o suspeito receberia um carregamento de drogas, pelo que, nesse dia, a polícia prendeu o suspeito em flagrante e apreendeu a droga. No julgamento do recurso de amparo pelo Tribunal Constitucional, este reafirmou que a regra de exclusão de provas obtidas com violação de direitos constitucionais era uma exigência do processo com todas as garantias, mas que a inadmissibilidade não ocorreria sempre nem se estenderia necessariamente às provas derivadas. Decidiu:

Em definitivo, é a necessidade de tutelar os direitos fundamentais que, *em ocasiones*, obriga a negar eficácia probatória a determinados resultados quando os meios empregados para obtê-los são constitucionalmente ilegítimos. Pois bem, parece claro que essa necessidade de tutela é maior quando o meio probatório utilizado lesa diretamente o direito fundamental ao segredo das comunicações telefônicas, como sucede com as fitas nas quais ditas conversas foram gravadas e que agora estamos considerando, que quando se trata de provas lícitas em si mesmas, ainda que derivadas do conhecimento adquirido de outra ilícita, às quais depois nos referiremos⁵¹⁷. (grifo nosso)

A partir desse precedente (posteriormente reafirmado na STC 139/1999), o TC decidiu que nessas situações compete-lhe determinar a exclusão da prova ilícita direta (fitas com gravações e depoimento dos policiais que realizaram as gravações), anular o processo e determinar que as instâncias ordinárias decidam sobre a licitude das provas lícitas derivadas das informações das ilícitas, segundo o parâmetro da conexão de antijuridicidade e apenas após a decisão final, em caso de eventual recurso, iria apreciar a licitude das provas derivadas. Esse parâmetro foi posteriormente alterado em parte pela STC 12/2002, para entender que devia o processo reiniciar a partir da sentença, sendo possível diretamente o Tribunal Constitucional

⁵¹⁷ ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC 49/1999. Item 10 da Ementa. Disponível em: <http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1999-0049> (Sítio do Boletín Oficial del Estado). Acesso em: 8 ago. 2005.

reapreciar a questão quando a sentença condenatória já houvesse explicitado o valor probatório dado a cada uma das provas.

Na STC 8/2000, o TC explicitou melhor a sua diferenciação da prova direta e da indireta. Em uma busca e apreensão domiciliar irregular, entendeu que tanto o auto da diligência, como os depoimentos dos policiais que a realizaram e das testemunhas que assistiram à diligência estão "indissolúvelmente unidos a essa [a violação do direito fundamental ao sigilo domiciliar], e hão de seguir sua mesma sorte"⁵¹⁸. Todavia, nesse caso o TC manteve a condenação ao considerar que havia outras provas válidas sem conexão de antijuridicidade com a prova ilícita, consistente na confissão realizada pelo acusado em juízo sobre a posse da substância entorpecente. Citando o precedente da STC 161/1999, o Tribunal decidiu que a:

[...] livre decisão do acusado de declarar sobre os fatos que lhe são imputados permite, desde uma perspectiva interna, dar por rompida, juridicamente, qualquer conexão causal com o inicial ato ilícito [...] e desde uma perspectiva externa, essa separação entre o ato ilícito e a declaração voluntária decorrente da livre decisão do acusado, atenua, até seu desaparecimento, as necessidades de tutela do direito fundamental material que justificariam sua exclusão probatória, já que a admissão voluntária dos fatos não pode ser considerada um aproveitamento da lesão do direito fundamental.⁵¹⁹

Há a admissão, assim, da teoria da do nexo causal atenuado (*attenuated connection doctrine*), ao se ponderar que entre a prova ilícita (violação do sigilo domiciliar) e a posterior derivada (confissão) houve fatos que diluíram o vício inicial, consistentes no lapso temporal e nas garantias processuais que cercam as confissões em juízo⁵²⁰.

Segundo Díaz Cabiale e Martín Morales⁵²¹, o Tribunal Constitucional explicitou na STC 81/1998 que a garantia constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos não era ilimitada, mas restringível, tendo como um dos contrapesos o valor constitucional

⁵¹⁸ ESPANHA. Tribunal Constitucional. STC 8/2000, Fundamento n. 3. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/STC2000/STC2000-008.html>>. Acesso em: 8 ago. 2005.

⁵¹⁹ *Loc. cit.* Registre-se que, posteriormente, o Tribunal Superior julgando caso análogo, na Sentença 17 enero 2003, considerou que a ausência de informação ao acusado sobre a nulidade anterior da diligência invalidaria a sua confissão; v. URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO. *Op. cit.*, p. 52.

⁵²⁰ No Tribunal Constitucional espanhol, são exemplos de acolhimento desta teoria de que a confissão voluntária em juízo é válida para comprovar uma apreensão, esta em si ilícita: SSTC 161/1999, 239/1999, 8/2000 e 184/2003. A mesma teoria é aceita pelo Tribunal Superior espanhol: SSTC 28 mayo 2003, 3 junio 2002, 20 noviembre 2001. V. MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 134 e RIVES SEVA. *Op. cit.*, p. 92-6. Registre-se que há precedentes do TS exigindo que o acusado tivesse conhecimento de que a diligência anterior era ilícita, para que exercesse plenamente seu direito contra a auto-incriminação. V. MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 136-9.

⁵²¹ DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 103.

da verdade, inerente à justiça. Assim, a denominada conexão de antijuridicidade é na verdade uma ponderação de interesses entre o efeito dissuasório da regra de exclusão e a eficiência do processo, esta expressa no valor da verdade, de forma a permitir romper juridicamente o vício que liga faticamente as duas provas. Segundo os autores, o resumo da teoria da conexão de antijuridicidade é: 1) os direitos fundamentais não são absolutos; 2) deve-se excepcionar as situações em que as provas que derivam da lesão de um direito fundamental possam ser admitidas; 3) a razão dessas exceções é a independência jurídica da prova em relação à lesão ao direito fundamental; 4) a análise dessa independência jurídica consiste em comprovar a relação entre a lesão do direito fundamental e a prova (perspectiva interna) e as necessidades essenciais de tutela das lesões futuras do direito fundamental substantivo (perspectiva externa)⁵²².

Para Martínez García⁵²³, a partir da criação da teoria da conexão de antijuridicidade, a aplicação da regra de exclusão (seja para a prova direta ou derivada) passa por uma tríplice análise: a gravidade da violação, a relevância do resultado obtido e a eficácia dissuasória sobre os poderes públicos que possa ter tal transgressão, de sorte que uma prova obtida a partir de uma pequena violação, com grande relevância, e obtida com culpa leve, sem necessidade de dissuasão sobre as autoridades policiais, poderá ser admitida no processo. Urbano Castrillo e Torres Morato acrescentam que na avaliação da gravidade da infração deverão ser sopesados sua magnitude, intensidade, classe do delito, seqüência temporal e o descrédito que possa resultar à Administração da Justiça⁵²⁴. Também o Tribunal Constitucional tem considerado essencial que os tribunais realizem uma fundamentação jurídica suficientemente razoável sobre a conexão ou desconexão da prova derivada, sob pena de sua inadmissibilidade (SSTC 249/2000 e 28/2002).

No quesito da gravidade da lesão original, o Tribunal Superior tem procurado distinguir entre a violação aos requisitos constitucionais, que geram sua ilicitude (como a ausência total de uma autorização judicial), e a mera violação dos requisitos procedimentais (fundamentação deficiente, ausência de menção dos objetos a serem apreendidos, ausência de presença do acusado no ato da realização da diligência de busca e apreensão), que gera apenas sua nulidade, permitindo que a informação dela decorrente "possa servir, ao ser

⁵²² *Ibidem*, p. 111.

⁵²³ *Apud* MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 132.

⁵²⁴ URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO. *Op. cit.*, p. 53.

constitucionalmente válida, de ponto de partida para uma investigação policial cujo resultado poderá provar-se pelos mesmos meios que qualquer outra diligência de tal caráter [...]"⁵²⁵.

A decisão STC 81/1998 inaugurou uma nova etapa da interpretação do problema das provas ilícitas na Espanha. Afirma Miranda Estrampes que, após a criação dessa teoria, em 1998, até 2004, em apenas duas oportunidades o TC deu provimento ao recurso de amparo para julgar ilícita a prova derivada, tendo em todas as demais negado-lhe provimento⁵²⁶. Afirmam Urbano Castrillo e Torres Morato que desde a referida decisão:

[...] já não se pode falar de dualidade de interesses no processo penal, pois tanto a obrigação de averiguar a verdade como sua eventual limitação, emanam do Estado de Direito e supõem uma coincidência de interesses, podendo admitir-se, 'por via de exceção', uma prova que ainda de modo reflexo se tenha obtido de modo inconstitucional.⁵²⁷

Apesar das críticas que a referida teoria da conexão de antijuridicidade tem suscitado na doutrina⁵²⁸, López Ortega afirma que a referida sentença representa:

o mais sério intento realizado até esse momento [...], de resolver os conflitos que confluem no problema da prova ilícita: evitando inconseqüências e tensões desnecessárias na estrutura da Constituição e proporcionando critérios gerais de decisão, para ponderar os distintos interesses em conflito, de modo semelhante às soluções reinantes há tempo em outros sistemas de direito comparado.⁵²⁹

Essa teoria é, em verdade, uma reunião dos vários critérios de exclusão já delineados pela jurisprudência estadunidense. A perspectiva interna corresponde à teoria da descoberta inevitável, ao ponderar que a prova derivada seria descoberta por outras formas de investigação segundo um juízo de experiência, ainda que essas outras fontes não estivessem explicitadas nos autos. Já a perspectiva externa corresponde à teoria do vício diluído (nexo causal atenuado), ao realizar uma análise conjuntural da boa-fé policial e sua repercussão sobre o efeito

⁵²⁵ ESPANHA. Tribunal Superior. STS 9 abril 1996, Fundamento 6, *apud* MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 85.

⁵²⁶ MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 129-130. No mesmo sentido: DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 239.

⁵²⁷ URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO. *Op. cit.*, p. 55.

⁵²⁸ Ver por todos DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 132-4, criticando especialmente o caráter vago e impreciso dos critérios da teoria (perspectivas interna e externa), bem como a ausência de um catálogo fechado das exceções à prova derivada.

⁵²⁹ LÓPEZ ORTEGA, Juan José. Prueba y proceso penal: el alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional. *Revista de derecho y proceso penal*, [Navarra?]: Aranzadi, p. 125, 1999. Afirma o autor que a STC 81/98 foi uma continuação natural na jurisprudência do TC, equilibrando as tensões no direito à prova.

dissuasório, incorporando, também considerações sobre o erro inócuo (*harmless error exception*), ao entender que o vício original se dissipa no tempo.

Essa decisão abriu a oportunidade para que se rediscutisse uma visão extremada de inadmissibilidade plena para permitir que, mesmo em situações de prova direta, houvesse a admissão da prova. Em seu voto na STC 49/1999, o juiz Cruz Villalón afirmou que "[...] não é absolutamente inexorável que em quaisquer situações e à margem de qualquer outra consideração seja excluída a prova ilegitimamente obtida, como a própria STC 81/1998 explicitou"⁵³⁰.

3.4.3.2 Outras exceções

A partir da STC 81/1998, o Tribunal Constitucional passou a incorporar várias das exceções estadunidenses à regra de exclusão.

A teoria da fonte independente tem sido aceita pelos tribunais⁵³¹ e mesmo os mais críticos não consideram essa propriamente uma exceção, mas uma situação fática de não derivação⁵³².

Também a teoria da descoberta inevitável tem sido aceita pelos Tribunais espanhóis. A própria STC 81/1998 entendeu que a prova derivada seria, provavelmente, descoberta pela continuidade das demais investigações.

Ainda antes dessa decisão, o Tribunal Superior havia decidido expressamente pela aceitação da teoria da descoberta inevitável. Na STS de 4 de julho de 1997, apreciou-se um caso de interceptação telefônica ilegal, por deficiência de motivação, que ensejou a prisão da acusada em flagrante no ato da compra da droga de seus fornecedores. A acusada estava sob um processo de vigilância intensa e o Tribunal levou em conta que "inevitavelmente, e por métodos regulares, já havia causas em marcha que conduziriam de todos os modos à descoberta da entrega do produto", de sorte que "no caso atual, o efeito expansivo da prova ilícita aparece limitado conforme a teoria da descoberta inevitável"⁵³³.

⁵³⁰ *Apud* DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 110.

⁵³¹ ESPANHA. Tribunal Superior. SSTC 26 mayo 1997 e 4 julio 1997, *apud* DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 88.

⁵³² *Loc. cit.*

⁵³³ ESPANHA. Tribunal Superior. STS 4 julio 1997, *apud* DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 91.

3.4.4 Considerações finais

A Espanha passou de um ciclo que vai da ausência de reconhecimento da regra de exclusão, seu reconhecimento após a STC 114/1994 e a progressiva introdução de exceções a essa regra após a STC 81/1998. Nesta última etapa houve, especialmente, a importação de várias das teorias estadunidenses sobre as exceções à admissão da prova formalmente violadora de direitos constitucionais. A análise demonstra o quão forte é a influência da jurisprudência dos Estados Unidos sobre os países que têm desenvolvido limites à regra de exclusão.

O retrato do sistema espanhol revela que a adoção absoluta de uma regra de exclusão acarreta na distorção do sistema de justiça penal quando de sua realização prática perante o caso concreto. A incorporação dos aspectos relativos à finalidade da regra de exclusão como sendo o *deterrent effect* fornece um rico subsídio para as soluções dos casos limites.

Especialmente a construção da teoria da conexão de antijuridicidade pelo Tribunal Constitucional tem sido uma tentativa de traçar o tortuoso limite entre a proteção aos direitos fundamentais do indivíduo e o controle da criminalidade mais grave e demonstram uma tendência de não aceitação de regras absolutas no tocante à ilicitude por derivação. Confirma, assim, a tendência mundial de existência de uma regra geral de exclusão, mas de conferir uma maior discricionariedade ao juiz na aplicação da regra segundo as peculiaridades do caso concreto, ponderando os demais interesses envolvidos.

3.5 Outras referências

À guisa de visão panorâmica, realizar-se-ão breves referências ao tratamento das provas ilícitas em outros países, para corroborar a afirmação de que uma regra de exclusão inflexível não é majoritária na grande maioria dos países, inclusive os tidos como desenvolvidos em matéria de defesa de direitos humanos⁵³⁴.

⁵³⁴ Registre-se que França ("pátria dos direitos do homem") e o Reino Unido são os campeões em reclamações perante o TEDH por infração à Convenção Européia em matéria penal; v. LEUPRECHT, Peter. Perspectivas do Conselho Europeu. In: DELMAS-MARTY. *Processo penal e direitos do homem*, op. cit., p. 245.

3.5.1 Inglaterra

Na *common law* da Inglaterra, sempre vigorou a regra geral de que os meios de prova devem ser admitidos, independentemente de sua origem. Todavia, o *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 — PACE mudou parcialmente o tratamento tradicional desse tema pela *common law*⁵³⁵. Em seu art. 78(2) e 82(3), estabelece o PACE que o juiz possui a discricionariedade de excluir uma prova quando entender que a admissão desta tornará o procedimento injusto, incluindo-se nesse cálculo de justiça os interesses da acusação no controle de crimes mais graves⁵³⁶. A maior aplicação da inadmissibilidade tem sido sobre os vícios graves no interrogatório. O art. 75(5) e (6) do PACE estabelece que uma confissão obtida sob coação ou promessas falsas é inadmissível, mas não veda a utilização das provas dela derivadas. A cláusula mais relevante sobre a inadmissibilidade vem prevista no art. 78(1) do PACE, que estabelece a possibilidade da exclusão do meio de prova: "se ficar demonstrado à Corte que, de acordo com as circunstâncias, inclusive as circunstâncias nas quais o meio de prova foi obtido, a admissão do meio de prova teria um efeito tão adverso sobre a justiça dos procedimentos que a Corte não deva admiti-lo"⁵³⁷. Ainda assim, tal dispositivo tem recebido uma interpretação restritiva, sendo aplicado apenas em situações de violações muito graves de direitos humanos. Normalmente a prova é excluída levando-se em conta a confiabilidade de seu valor probatório. Em relação às provas reais, há uma maior propensão em sua admissão, com base especialmente na sua confiabilidade⁵³⁸, considerando-se nessas situações que a exclusão de uma prova verídica comprometeria mais a justiça do julgamento que sua admissão. Em outubro de 2000 entrou em vigor na Inglaterra o Human Rights Act de 1998 (HRA), que incorporou ao direito inglês o art. 6º da Convenção Européia de Direitos Humanos (direito ao *fair trial*), reforçando as garantias já citadas do PACE. Doravante poderá o juiz inglês ignorar os precedentes da *common law* que

⁵³⁵ Para uma visão atual do sistema inglês, v. FELDMAN, David. England and Wales. In: BRADLEY (Ed.). *Op. cit.*, p. 105 e 107-8. OSBOURN. *Op. cit.*, §§ 53-80. HANNIVBAL; MOUNTFORD. *Op. cit.*, p. 55-84.

⁵³⁶ Estabelece o art. 78(a) do PACE: " In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposed to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it.", *apud* OSBOURN. *Op. cit.*, § 56. Também v. FELDMAN. *Op. cit.*, p. 105.

⁵³⁷ INGLATERRA. Police and Criminal Evidence Act de 1984. Art. 78(1), *apud* FELDMAN. *Op. cit.*, p. 113, tradução nossa.

⁵³⁸ OSBOURN. *Op. cit.*, § 59, citando o precedente *R. v. Cooke* (1995), 1 Cr. Ap.R. 456. Todavia, também há precedentes recentes que têm diminuído a regra de admissão da *common law*, como o caso *R. v. Nathaniel* (1995, 2 Cr. Ap. R. 565), no qual não se admitiu uma amostra de DNA que havia sido extraída em um procedimento criminal anterior e não fora destruída no momento adequado; v. OSBOURN. *Loc. cit.*

estiverem em desacordo com os direitos da Convenção e com os precedentes do TEDH⁵³⁹. Já sob a vigência do HRA, a Corte de Apelação (*Court of Appeal*), no julgamento de *R. v. P.* (2001), indeferiu a exclusão de uma interceptação telefônica realizada fora da Inglaterra em desacordo com a legislação inglesa (mas de acordo com a legislação do país de origem) ao argumento de que a admissão de tal prova não violou o direito ao *fair trial*⁵⁴⁰.

3.5.2 Canadá

No Canadá, o art. 24(2) do *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (conhecido apenas como *Charter*) estabelece que o meio de prova deverá ser excluído do julgamento se sua admissão, de acordo com as circunstâncias, "causar infâmia à administração da justiça" (*bring the administration of justice into disrepute*)⁵⁴¹. Segundo Roach, a Corte Suprema Canadense construiu dois testes para verificar se a admissão de uma prova é injusta: o *fair trial test* e o *serious violation test*. De acordo com o primeiro teste, é inadmissível uma prova obtida de forma ilícita com uma violação grave dos direitos do acusado que comprometam a justiça do procedimento. Um dos parâmetros dessa ponderação é verificar se a prova seria obtida sem essa violação, admitindo-se a exceção de descoberta inevitável. Assim, se a coisa apreendida estava na casa do acusado e provavelmente haveria uma busca domiciliar, a prova ilicitamente obtida é válida; mas se a coisa estava no fundo de um rio congelado e apenas foi descoberta pela confissão obtida ilegalmente, a prova será inadmissível. O segundo teste consiste em verificar se a exclusão é necessária para evitar a reiterações de violações dos direitos do *Charter* (efeito dissuasório). Esse segundo teste admite uma ampla exceção de boa-fé, que pode se fundar tanto na apreensão equivocada da legislação, práticas policiais anteriores, nas orientações policiais, ou mesmo na urgência da prova⁵⁴².

⁵³⁹ HANNIVBAL; MOUNTFORD. *Op. cit.*, p. 19. Todavia, segundo tais autores, o conceito de *fair trial* ainda é nebuloso e envolve necessariamente julgamentos subjetivos; v. *ibidem*, p. 83.

⁵⁴⁰ *Ibidem.*, p. 82-3. Em tal caso foi considerado o precedente do TEDH *Khan v. Reino Unido*, já citado *supra*, subseção 3.3.1.

⁵⁴¹ Para uma visão do tema no Canadá, v. ROACH, Kent. Canada. In: BRADLEY (Ed.). *Op. cit.*, p. 63-66 e 70-1. Também: OSBORN. *Op. cit.*, §§ 39-52; PIZZI. *Loc. cit.* Ver comentários mais breves em LÓPEZ ORTEGA. *Op. cit.*, p. 130-131.

⁵⁴² V. ROACH. *Op. cit.*, *loc. cit.*; e OSBOURN. *Op. cit.*, §§ 47 e 51. Constata-se que estes dois critérios construídos pela Corte Suprema canadense são semelhantes às perspectivas interna e externa criadas pelo Tribunal Constitucional espanhol na teoria da conexão de antijuridicidade (cf. *supra*, item 3.4.3.1).

A Corte Suprema Canadense é mais rígida quando se trata da exclusão de provas com violação do privilégio contra auto-incriminação, mas é mais flexível para os demais casos, nos quais realiza a ponderação de interesses sobre a gravidade do delito, a importância da prova e as reações de pessoas comuns nessas circunstâncias. Assim, avalia-se a gravidade do crime investigado para que se conclua, no caso concreto, qual seria o maior dano à reputação da justiça: a exclusão ou a admissão da prova. Também exige-se a legitimidade (*standing*) para o requerimento de exclusão, de sorte que apenas se a prova violou o direito do próprio acusado é que se cogitará de sua exclusão. Finalmente, nas situações de violações graves, tem se admitido a extensão da inadmissibilidade para as provas derivadas. Em conclusão, o sistema canadense é híbrido, entendendo-se que, regra geral, a prova ilícita é admissível, e apenas não o será quando sua admissão lesar a justiça do julgamento, segundo uma apreciação relativamente discricionária pelo juiz.

3.5.3 Austrália

Na Austrália, a Corte Superior Australiana, desde o precedente *Bunning v. Cross*⁵⁴³, construiu a doutrina de que os juízes possuem uma discricionariedade de política pública (*public policy discretion*) na admissão da prova, devendo para tanto sopesar os interesses na condenação de um criminoso e os efeitos negativos de aprovação ou encorajamento de atos ilícitos que a admissão da prova teria sobre as autoridades policiais. Esse precedente estabeleceu que a ponderação de interesses deveria levar em consideração a seriedade da violação, a confiabilidade da prova obtida, a natureza do crime investigado, a eventual facilidade com a qual a prova poderia ser obtida legalmente e uma análise da intenção legislativa de limitar os poderes da polícia em favor dos interesses da sociedade como um todo⁵⁴⁴.

3.5.4 África do Sul

A Corte Constitucional da África do Sul, apesar de herdar da *common law* inglesa a regra da admissibilidade da prova ilícita, passou na década de 90 a alterar seu entendimento para uma regra de exclusão⁵⁴⁵. Assim, na vigência de sua Constituição anterior (que

⁵⁴³ AUSTRÁLIA. High Court, *Bunning v. Cross*, 1978, 141 CLR 54, *apud* OSBOURN. *Op. cit.*, § 81.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, § 84.

⁵⁴⁵ SCHWIKKARD; VAN DER MERWE. South Africa. In: BRADLEY (Ed.). *Op. cit.*, p. 333-5 e 341-4.

era silente sobre o tema), a Corte Constitucional entendeu em *S. v. Motloutsi*⁵⁴⁶ que uma busca e apreensão realizada sem mandado judicial e sem a autorização do morador era ilegal e deveria ser excluída, ante a ausência de circunstâncias extraordinárias que a justificassem. A atual Constituição sul-africana, de fevereiro de 1997, estabelece, em seu art. 35(5), que "A prova obtida de maneira que viole qualquer direito da Constituição (*Bill of Rights*) deve ser excluída se a admissão da prova causar injustiça ao julgamento ou for danosa à administração da justiça"⁵⁴⁷. Tal disposição segue a mesma linha do sistema canadense, para proporcionar uma discricionariedade ao juiz quando da admissão da prova, segundo um critério de injustiça do julgamento.

3.5.5 França

No sistema francês, há um tratamento oscilante sobre o tema das provas ilícitas⁵⁴⁸. Vige a regra geral da liberdade dos meios de prova, prevista no art. 427 do Código de Processo Penal francês. Há poucas previsões legais de inadmissibilidade (chamadas nulidades textuais), como na situação de confissão sob hipnose ou buscas domiciliares. A maioria das violações de regras legais apenas gerará a exclusão se for entendido que violam a "substância" das disposições da lei (chamadas nulidades substanciais). Na análise dessa nulidade substancial é conferida considerável discricção às cortes, para avaliação dos interesses das partes no caso concreto, havendo uma tendência de exclusão de provas obtidas de forma brutal ou mediante métodos lesivos à dignidade humana. Não há previsão de legitimidade para o requerimento e a aplicação da ilicitude por derivação é sujeita a oscilações na jurisprudência. Anota-se uma tendência de expansão da utilização de uma regra de exclusão para situações graves, especialmente para as violações ao privilégio contra auto-incriminação e para métodos de interrogatório abusivos. Em relação às provas produzidas ilegalmente por particulares, a Corte de Cassação entendeu que não era de se aplicar a regra de exclusão, pois tais atos não faziam parte

⁵⁴⁶ ÁFRICA DO SUL. Corte Constitucional. 1996 (1) SACR 78 (C), *apud ibidem*, p. 334.

⁵⁴⁷ ÁFRICA DO SUL. Constituição. Art. 35(5), *apud ibidem*, p. 322, tradução nossa.

⁵⁴⁸ FRASE, Richard. France. In: BRADLEY (Ed.). *Op. cit.*, p. 155-6 e 161-2. Também: DERVIEUX, Valérie. O sistema francês. In: DELMAS-MARTY (org.). *Processos penais da Europa, op. cit.*, p. 206. BÉNÉDICT. *Op. cit.*, p. 60-66.

da instrução e estavam excluídos das regras de nulidades⁵⁴⁹. Também a Corte de Cassação não acolhe a derivação da ilicitude para as informações decorrentes de um ato policial viciado⁵⁵⁰.

3.5.6 Itália

Na Itália, o art. 191.1 do Código de Processo Penal de 1989 estabelece que "a prova adquirida em violação de proibição estabelecida pela lei não poderá ser utilizada", bem como o art. 191.2 estabelece que essa inutilidade da prova (*inutilizzabilità*) pode ser declarada de ofício pelo juiz em qualquer estado e grau do processo⁵⁵¹. Na doutrina, Grevi defende que o art. 191.1 é uma regra geral de previsão da sanção da *inutilizzabilità*, destinada a combinar-se com todas as várias disposições que, estabelecendo uma proibição probatória, não preveja algum reflexo sancionatório para a hipótese de transgressão⁵⁵². Porém, a Corte Suprema Italiana (*Corte di Cassazione*) tem reduzido a aplicação desse dispositivo para limitá-lo às situações em que há uma violação direta e expressa de uma proibição determinada⁵⁵³. Assim, apesar de se excluir as provas obtidas sob tortura ou outros métodos que influenciem a capacidade de avaliação dos fatos, por força direta do art. 188 do Código, a Corte tem afastado a *inutilizzabilità* quando se trata da apreensão do próprio corpo de delito (*corpo del reato*), ou outras provas relevantes para o crime, pois nessas situações a polícia está apenas cumprindo o determinado no art. 253 do Código⁵⁵⁴. Tal se justifica pelo fato de que os policiais que conduziram as diligências de forma ilegal estarem sujeitos às penalidades do art. 609 do Código Penal Italiano. Esse entendimento de que o corpo de delito deve ser apreendido e sua forma de descoberta não contamina sua validade tem restringido de forma acentuada as disposições do referido art. 191 do Código de Processo Penal. Por exemplo, o art. 103 do Código estabelece que as apreensões realizadas no escritório do advogado de defesa, obtidas em violações aos procedimentos, são inadmissíveis, exceto se trate

⁵⁴⁹ FRANÇA. Corte de Cassação. 6 de abril de 1994, B. n. 136; 30 de março de 1999, B. n. 59, *apud* DERVIEUX. *Loc. cit.*

⁵⁵⁰ BÉNÉDICT. *Op. cit.*, p. 64.

⁵⁵¹ Ver: GALANTINI, Novella. *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*. Padova: CEDAM, 1992, especialmente cap. I (p. 1-95); VANCLEAVE, Rachel. Italy. In: BRADLEY (Ed.). *Op. cit.*, p. 258-260 e 266-7; GREVI, Vittorio. Prove. In: CONSO; GREVI (org.). *Compendio di procedura penale*. Padova: CEDAM, 2000, p. 295-7; GRILLI, Luigi. *Giudice unico e processo penale*. Padova: CEDAM, 2000, p. 184-195. Para uma visão geral do sistema probatório italiano, em português, v. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Daniela Mróz e Alexandra Martins. São Paulo: RT, 2002, *passim*.

⁵⁵² GREVI. *Op. cit.*, p. 296.

⁵⁵³ ITÁLIA. Corte de Cassação. Cass. I, sent. 6922, 2 jun 1992; Cass. I, sent. 1357, 4 fev. 1994, *apud* VANCLEAVE. *Op. cit.*, p. 259.

⁵⁵⁴ ITÁLIA. Corte de Cassação. Cass. II, sent. 4827, 2 maio 1995; Cass. VI, sent. 1557, 22 maio 1991, *apud* VANCLEAVE. *Op. cit.*, p. 259.

de corpo de delito (art. 103.2). Também o art. 271.1 estabelece que as interceptações telefônicas realizadas em desacordo com os procedimentos legais são inadmissíveis, mas o art. 271.3 excepciona a situação de elas constituírem o corpo de delito.

A Corte de Cassação realiza uma distinção entre a nulidade e a *inutilizzabilità*:

A nulidade relaciona-se sempre e apenas à inobservância de alguma formalidade na produção da prova, vício que não põe o procedimento formativo ou aquisitivo completamente fora do parâmetro normativo de referência, mas que não respeita algum de seus pressupostos; ao contrário, a inutilidade pressupõe a presença de uma prova vedada pela sua intrínseca ilegitimidade objetiva.⁵⁵⁵

Assim, entende-se que se na interceptação telefônica o vício foi meramente formal e não substancial, admite-se que a interceptação irregular fundamente um pedido de prisão preventiva⁵⁵⁶. Também entende-se que não haverá contaminação por derivação, admitindo-se a anterior escuta irregular como *notitia criminis* para posteriores investigações⁵⁵⁷.

Em relação aos vícios no interrogatório, o art. 63.1 do Código de Processo Penal Italiano estabelece que, quando uma pessoa ainda não considerada suspeita faz afirmações incriminadoras antes que a polícia o tenha advertido de que suas afirmações poderão resultar em uma investigação contra si, tais declarações não podem ser utilizadas contra o interrogado, mas era admissível sua utilização para outras investigações⁵⁵⁸. Ainda assim, violações grosseiras de direitos fundamentais, como a ausência total de mandado judicial numa busca domiciliar para qual devia ser obtida a autorização, invalidam a prova⁵⁵⁹.

3.5.7 Outros

Finalmente, registre-se que existe uma série de países que possuem um baixo nível de limitações à admissão de provas, como China⁵⁶⁰, Rússia⁵⁶¹ e Israel⁵⁶², que podem ser explicadas por circunstâncias que impedem um maior desenvolvimento de garantias

⁵⁵⁵ ITÁLIA. Corte de Cassação. Cass. Sez. Un., 27 mar. 1996, ric. Sala, su Cass. pen., 1996, p. 3268, m. 1811, *apud* GRILLI. *Op. cit.*, p. 186, tradução nossa.

⁵⁵⁶ ITÁLIA. Corte de Cassação. Cass. I sent. 4745, 27 jan. 1992, *apud* VANCELEAVE. *Op. cit.*, p. 260.

⁵⁵⁷ ITÁLIA. Corte de Cassação. Cass. I, sent. 7759, 11 jul. 1994, *apud* VANCELEAVE. *Loc. cit.* Galantini defende que quando houve violações de mera forma, não se deva estender a ilicitude à prova derivada: GALANTINI. *Op. cit.*, p. 89-95, citando vários exemplos.

⁵⁵⁸ ITÁLIA. Corte de Cassação. Cass. Sez. Un., sent. 1282, 13 dez. 1996, *apud* VANCELEAVE. *Op. cit.*, p. 266.

⁵⁵⁹ ITÁLIA. Corte de Cassação. Cass. Sez. Un., sent. 5021, 16 maio 1996, *apud* VANCELEAVE. *Op. cit.*, p. 259. Grili aponta que o padrão para diferenciar a nulidade da *inutilizzabilità* seria a violação de direitos fundamentais do cidadão: GRILI. *Op. cit.*, p. 187-8.

fundamentais, tais quais o totalitarismo comunista no primeiro, a recente experiência democrática no segundo e os constantes conflitos bélicos no terceiro.

3.6 Considerações finais

Da visão panorâmica dos países analisados, verifica-se que existe uma tendência de aproximação entre os países de *common law* e *civil law*: enquanto os primeiros estão progressivamente permitindo uma discricionariedade aos juízes para excluir a prova ilícita com base em considerações de justiça do julgamento e respeito à integridade da administração da justiça, os países de *civil law* também têm criado mecanismos de exclusão de provas ilícitas, mas com as ponderações, em cada situação específica, de que a exceção apenas se aplica às violações mais graves.

A exploração desses sistemas alienígenas permite a conclusão de que não existem casos de proibição absoluta de provas obtidas com violação de regras procedimentais. Existem respostas pontuais a situações pontuais.

Os diversos sistemas apontam para problemas comuns no tratamento das provas ilícitas. Em geral, a regra de exclusão tem sido concebida como uma garantia processual destinada à proteção dos direitos fundamentais, especialmente contra as violações policiais, de forma que sua admissão em juízo não venha convalidar e incentivar a violação. Essa proteção é direcionada, em grande medida, às autoridades policiais. Entretanto, também é inquestionável que, salvo exceções de especial gravidade, há em largo espaço para uma interpretação maleável

⁵⁶⁰ Segundo Liling Yue, apesar de existir na China norma que proíbe a admissibilidade de confissões ou testemunhos obtidos mediante tortura, tais situações são raramente reconhecidas pelos tribunais; também inexistente vedação à admissibilidade de buscas e apreensões ilegais; v. YUE, Liling. China. In: BRADLEY (Ed.). *Op. cit.*, p. 85.

⁵⁶¹ Na Rússia, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos vem prescrita pelo art. 50 de sua Constituição e pelo art. 69 do Código de Processo Penal Russo; todavia, o baixo nível de aplicação destas regras, e a legislação porosa às discricionariedades fazem com que aqui se classifique o sistema Russo não pela lei nos livros, mas pela lei em ação; v. NEWCOMBE, Catherine. Russian Federation. In: BRADLEY (Ed.). *Op. cit.*, p. 295-6 e 301.

⁵⁶² Segundo Harnon e Stein, a Suprema Corte de Israel entende que a regra é a admissão da prova, havendo três exceções: provas obtidas mediante tortura ou coações, mediante procedimentos abusivamente ilegais e mediante invasões ilegais da privacidade, com uma ampla margem de discricionariedade para estes dois últimos critérios. Assim, a regra de exclusão israelita aplica-se apenas a graves violações de direitos estabelecidos na Lei Fundamental de 1992, seguindo um modelo de discricionariedade semelhante ao sistema canadense; v. HARNON, Eliahu; STEIN, Alex. Israel. In: BRADLEY (Ed.). *Op. cit.*, p. 230-2. Registre-se que em 1996, a Corte Suprema de Israel julgou que “um certo grau de violência” era admissível contra suspeitos de terrorismo.

voltada à conciliação dos vários interesses em confronto no processo penal e no direito à prova. Segundo observação de Bradley:

Não há dúvidas que a tendência internacional atual é no sentido de utilizar regras de exclusão para determinar a obediência policial às regras processuais. Todavia, com a exceção (universal) de que confissões coagidas devem sempre ser excluídas, a maioria dos países deixa a decisão sobre a exclusão para a discricção do juiz da ação penal⁵⁶³.

Os critérios para a realização concreta dessa ponderação de interesses também são relativamente comuns. Há a aplicação de institutos de direito penal material para a avaliação da necessidade ou não da punição processual da inadmissibilidade da prova, como na exceção de boa-fé (ausência de dolo) ou o pequeno vício na prova (princípio da insignificância). Na ponderação dos interesses envolvidos, revelam-se de consideração especial os critérios da gravidade da infração, do autor da violação do direito (polícia ou terceiros) e do titular do direito violado (se do acusado ou de terceiro). Em relação às provas derivadas, quando a contaminação derivada não é rejeitada *prima facie*, é corrente a admissão das exceções de fonte independente, descoberta inevitável e nexos causal atenuado (vício diluído), de forma a manter a contaminação por derivação apenas em situações de contaminação direta e imediata, por vícios graves, excluindo-se a contaminação quando a prova derivada puder ser adquirida por outro meio alternativo válido.

Os estudos deste capítulo proporcionarão subsídios para uma análise crítica do estágio do debate sobre as provas ilícitas no direito brasileiro, e os tópicos acima identificados como categorias comuns no problema das provas ilícitas serão aprofundados no próximo capítulo.

⁵⁶³ BRADLEY. United States. In: _____. *Op. cit.*, p. 423.

4 PROVAS ILÍCITAS E PROPORCIONALIDADE: ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL E PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO DE EXCEÇÕES

4.1 Considerações iniciais

Conforme explanado no cap. 1, a proteção penal é um valor de envergadura constitucional. Da mesma forma, o processo penal, como direito fundamental a normas de organização e procedimento, está orientado por uma instrumentalidade garantista-funcional, que deve ponderar e maximizar seus vetores básicos de orientação: a proteção do indivíduo contra a arbitrariedade punitiva e a funcionalização da realização da proteção penal material. Nesse quadro, foi visto no cap. 2 como direito à prova e a inadmissibilidade das provas ilícitas estão em constante tensão, de forma que uma visão extremada e inflexível da regra de exclusão implica a valoração desproporcionada de uma perspectiva individualista dos direitos fundamentais, que impõe o sacrifício de outros interesses tão relevantes como o controle da criminalidade, o funcionamento eficaz do sistema jurídico, o respeito à lei, a proteção das vítimas, a paz social e a responsabilidade individual.

O capítulo anterior demonstrou como praticamente todos os sistemas jurídicos tanto possuem alguma forma de limitação de admissibilidade de provas ilícitas, quanto também possuem regras de mitigação de uma aplicação extremada dessas regras.

Sendo o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas uma garantia destinada à proteção dos direitos fundamentais com características de sanção material, há que se analisar se a restrição ao direito à prova, ante a necessidade de implementar um efeito dissuasório eficiente (decorrente do dever de proteção dos direitos fundamentais), é justificada no teste de proporcionalidade.

Como visto nas críticas ao princípio da inadmissibilidade⁵⁶⁴, há um sério ceticismo sobre a efetiva adequação da garantia da inadmissibilidade aos fins dissuasórios. Talvez, caso se entenda o requisito da adequação não como exigência de aptidão para alcançar o fim, mas de possibilidade de fomentar o fim, se justifique a garantia⁵⁶⁵. Ainda assim, essa garantia com uma adequação teleológica tão fraca, se justificável do ponto de vista da necessidade nas situações graves, pode não ser necessária nas situações intermediárias.

Ainda assim, há que se analisar, perante o caso concreto, se a inadmissibilidade possui adequação para lograr êxito em dissuadir a reiteração (o que será reduzido quando se tratar de violações por particulares), se é necessária restrição (que diminui quando há outros instrumentos aptos a atingir seu objetivo, como nas violações de boa-fé por policiais), bem como a proporcionalidade entre sacrificar o direito à prova e a realização da proteção pena material frente ao direito fundamental violado e a necessidade de punir processualmente sua violação com uma penalidade processual de inadmissibilidade da prova produzida.

Segundo Urbano Castrillo e Torres Morato, o decantamento dos limites da regra de exclusão é feito através do "caso concreto", em sua inacabável sucessão de matizes diferenciadoras entre casos aparentemente iguais⁵⁶⁶. Não sendo possível estabelecer um rol teórico das situações nas quais ocorrerá a ausência de adequação, necessidade ou de proporcionalidade estrita na inadmissão da prova, o presente trabalho procura fornecer as linhas gerais para a aplicação da proporcionalidade, através de parâmetros para uma interpretação mais razoável sobre o problema das proibições de prova. Sendo a ponderação realizada perante o caso concreto, este trabalho pretende ser uma grande introdução ao problema das provas ilícitas, reservando-se aos estudos casuísticos a concretização dos postulados que ora se delinearão.

Neste capítulo, procurar-se-á desenvolver critérios objetivos de aplicação desse procedimento de compatibilização dos princípios em colisão na temática das provas ilícitas, agrupando as situações identificadas no capítulo anterior e comentando-as à luz da jurisprudência

⁵⁶⁴ V. especialmente subseções 2.6.2 e 3.2.6.

⁵⁶⁵ Neste sentido, entende de la Oliva Santos que a garantia da inadmissibilidade não é uma exigência necessária para o efeito dissuasório, mas pode ser um auxiliar deste efeito se combinada com outras formas de dissuasão. V. OLIVA SANTOS, Andrés de la. Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas. *Tribunales de Justicia*, La ley, n. 8-9, p. 7, ago.-sept. 2003.

⁵⁶⁶ URBANO CASTRILLO, Eduardo de; TORRES MORATO, Miguel Ángel. *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 64.

dos tribunais superiores e da doutrina nacionais, com observações críticas. Procurar-se-á realizar uma sistematização das possíveis exceções à inadmissibilidade. Será realizada uma análise mais detida de determinados temas, como os conhecimentos fortuitos e a descontaminação posterior, como um recorte seletivo de situações que se consideram problemáticas.

Seguir-se-á uma interpretação restritivista da aplicação da inadmissibilidade das provas ilícitas. Parte-se do pressuposto de que o direito à prova deve ser o mais amplo possível, para possibilitar a concretização do preceito constitucional relativo ao acesso ao Poder Judiciário, e a efetivação do direito de ação e de defesa, levando em conta a íntima ligação entre a verdade processual e a justiça do julgamento⁵⁶⁷. Conforme afirma Picó i Junoy, "o direito à prova, conjuntamente com outros consagrados também como fundamentais pela Constituição, obriga a manter um conceito de prova ilícita o mais restritivo possível, a fim de permitir que o mencionado direito desenvolva sua maior eficácia e virtualidade"⁵⁶⁸.

Será analisada a admissibilidade da prova ilícita *pro reo*. Como critérios de admissibilidade da prova ilícita *pro societate*, serão analisadas a situação de abuso de garantias constitucionais, a exceção de boa-fé (tratando dentro dessa argumentação o problema dos conhecimentos fortuitos), a descontaminação posterior por possibilidade de renovação do ato ou por confirmação do teor da prova pelo titular do direito, as violações de particulares, as violações de direitos de terceiros, o erro inócuo, a gravidade do crime e outras hipóteses que merecem uma flexibilização no tratamento do tema. Sobre as provas ilícitas por derivação, serão abordadas as violações meramente procedimentais, e as teorias da não exclusividade, descoberta inevitável e vício diluído. Finalmente, será analisada a regulamentação legal das provas ilícitas.

4.2 Prova ilícita *pro reo*

Como visto na seção 2.4, não se compatibiliza com a política criminal do Estado democrático de Direito sacrificar a eficiência do processo em descobrir a verdade e absolver um inocente, com o possível efeito dissuasório da inadmissibilidade processual de uma prova ilícita.

⁵⁶⁷ V. subseção 2.2.3, *supra*.

⁵⁶⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas. *La Ley*, ref. D-19, tomo 1, v. 1, 23 jan. 1997, tradução nossa.

O primeiro ponto a analisar sobre a prova ilícita *pro reo* é que normalmente a violação será praticada por um particular, e tal já ensejará uma relativização da regra da inadmissibilidade, como será demonstrado abaixo⁵⁶⁹. Assim, apesar de na análise dos sistemas estadunidense e alemão não terem sido estudados precedentes sobre o tema⁵⁷⁰, esses sistemas provavelmente admitem a prova *pro reo* por se tratar, normalmente, de provas produzidas por particulares, contra os quais esses sistemas não possuem restrições de admissibilidade da prova. Já no sistema espanhol, há precedente admitindo a utilização de prova ilícita (nesse caso, realizada pela polícia) para a comprovação da inocência do acusado⁵⁷¹.

No Brasil, a maioria da doutrina admite a prova ilícita a favor do réu⁵⁷². Segundo Grinover e outros, trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade e uma expressão do princípio do *favor rei* (que estabelece uma posição de preferência condicionada da liberdade individual perante a poder punitivo, em caso de dúvidas)⁵⁷³. Também se deve reconhecer que, se o acusado está sendo injustamente acusado e diligencia a produção da prova ilícita, estará atuando em estado de necessidade que, sendo uma causa de exclusão da ilicitude (decorrente da proporcionalidade), torna lícita a utilização da prova. Grinover e outros citam

⁵⁶⁹ Subseção 4.3.5, *infra*.

⁵⁷⁰ Seções 3.2 e 3.3, *supra*.

⁵⁷¹ Subseção 3.4.2, *supra*.

⁵⁷² Ver GRINOVER; SCARANCA FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades no processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 161-2. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 67-8. SILVA, César Dário Mariano da. *Provas ilícitas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 22-23. DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 153. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 64. PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 176-8. MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 106-7. Idem. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre (org.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 263-3. BASTOS, Celso Ribeiro de; MARTINS, Yves Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1998)*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 275-276. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 30-31. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 430-1. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. v. 3. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 234. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, n. 44.4, p. 178. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 261-2. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: RT, 1997, p. 147-9. HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. In: _____. *Processo penal: reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 73-74. No mesmo sentido é o teor da Súmula n. 50 das Mesas de processo penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

⁵⁷³ GRINOVER; SCARANCA FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades...Op. cit.*, p. 161-2.

como exemplo uma gravação sub-reptícia realizada pela acusado com terceiro para demonstrar sua própria inocência⁵⁷⁴.

A garantia da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito é uma garantia do cidadão contra o arbítrio punitivo do Estado, visando resguardar o sistema de direitos fundamentais pelo efeito dissuasório. Entre a proteção a um direito como a intimidade, privacidade, sigilos epistolar, telefônico etc, e a ampla defesa, representada no processo penal como o resguardo à vida e à liberdade, estes últimos possuem valoração muito mais cara. Na ordem de valores para estabelecer a preferência condicionada, sem dúvida a dignidade da pessoa humana desponta como o epicentro da ordem jurídica, revelando-se o Estado e o ordenamento jurídico como meios para a promoção desse valor humano mais elevado. No caso da utilização da prova *pro reo*, o valor em ponderação é diretamente a dignidade da pessoa do réu, injustamente acusado de um delito, com o risco de pagar com sua liberdade, perdendo alguns anos de sua vida, pela má apreciação dos fatos na atividade jurisdicional. Em favor da admissão da prova ilícita *pro reo* coloca-se em ponderação a garantia constitucional da ampla defesa e a consideração da situação de estado de necessidade do acusado. Assim, conclui Scarance Fernandes que “é ampla a aceitação de que ele [o princípio da proporcionalidade] seja aplicado aos casos em que a prova da inocência do réu depende de prova produzida de maneira ilícita”⁵⁷⁵.

Quanto à admissão da prova violadora de direitos *pro reo*, três ponderações se fazem pertinentes. Primeiro, asseveram alguns autores que a hipótese não é propriamente de aplicação do princípio da proporcionalidade, já que, quando o réu obtém a prova no intuito de demonstrar sua inocência, está agindo em legítima defesa⁵⁷⁶. Contudo, é equivocada a afirmação. Primeiro porque não se trata de legítima defesa, mas de estado de necessidade: a função de investigação e persecução penal realizada de ofício pelo Estado é um ato de soberania ao qual se sujeitam todos os cidadãos. Ainda que o acusado seja inocente e a acusação seja fruto de um conjunto de elementos de informação falsos e de uma má interpretação deles, não se pode afirmar que a ação do Estado seja uma agressão injusta a ponto de qualificar a ação do acusado como legítima defesa. Em segundo lugar, independentemente de ser legítima defesa ou estado de necessidade a ação do acusado, ambas as excludentes da ilicitude são uma aplicação concreta do

⁵⁷⁴ *Loc. cit.*

⁵⁷⁵ SCARANCA FERNANDES, Antônio. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 94.

⁵⁷⁶ Nesse sentido, v. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 180.

princípio da proporcionalidade. O agente pratica um fato típico no intuito de cessar uma agressão injusta (adequação), usando moderadamente dos meios necessários (necessidade, ou menor lesão), em uma circunstância em que o bem jurídico protegido por sua conduta é igual ou mais valioso que o bem lesado (proporcionalidade estrita), dentro de uma consideração de que o bem lesado tem diminuído seu valor em decorrência de estar acobertado pela agressão injusta de seu titular (no caso da legítima defesa). Há evidente ponderação de interesses, sendo que o ordenamento jurídico como um todo não repele tal agressão defensiva. Em legítima defesa ou estado de necessidade é admissível até a violação ao direito à vida, sem que tal conduta seja inconstitucional, porquanto o princípio da proporcionalidade, que também é norma constitucional (implícita), legitima a situação extrema em que dois valores constitucionais estão em choque: vida de agressor injusto e vida da vítima da agressão.

Assim, levando em conta que o princípio da proporcionalidade também integra o ordenamento jurídico positivo, como válvula de regulação do sistema, pode-se afirmar que uma conduta praticada em legítima defesa ou estado de necessidade respeita o princípio da proporcionalidade e, portanto, não é antijurídica. A conclusão de que tais situações são expressão de uma colisão de princípios decorre da adoção da teoria externa das restrições, nos termos da proposta de Alexy⁵⁷⁷. Entender de forma diversa é pressupor que o fato de alguém praticar uma agressão injusta retira-lhe o direito à vida, ou que em tal situação o âmbito de proteção do direito à vida recua frente ao direito de defesa, o que não corresponde à realidade, pois, mesmo praticando uma agressão o agressor, mantém seu direito à vida como princípio *prima facie*. O que ocorre é uma colisão desse direito do agressor com o outro direito a ser resguardado, devendo o problema ser solucionado à luz da proporcionalidade perante o caso concreto. Tanto que se houve excesso (violação à necessidade da restrição), o agente será responsabilizado.

Dessas considerações, chega-se a duas conclusões: a prova obtida com a violação de direitos fundamentais, se destinada a provar a inocência do acusado (adequação), sendo a única forma de que este dispõe (necessidade), respeitando a proporcionalidade do bem lesado com o bem a ser protegido (proporcionalidade estrita), deve ser aceita pelo juízo por aplicação do princípio da proporcionalidade⁵⁷⁸. Afirmar que se trata de legítima defesa ou estado

⁵⁷⁷ Subseção 1.2.3, *supra*.

⁵⁷⁸ Registre-se decisão do TJSP, citada por Magalhães Gomes Filho, que considerou, em caso em que se discutia o desentranhamento dos autos de escritos de próprio punho da vítima, juntados pela defesa do réu, que “o direito à defesa ampla não pode ser alargado em demasia, a ponto de ferir direitos outros de terceiros no caso a própria

de necessidade não exclui a constatação de que dentro desse processo há a ponderação de interesses própria da proporcionalidade. Em segundo lugar, quando se aplica o princípio da proporcionalidade a determinada prova, o que se está realizando, em verdade, é a exclusão da antinomia da violação do direito substantivo com o ordenamento jurídico como um todo. O princípio da proporcionalidade legitima a conduta. Destarte, a prova obtida não é ilícita, apesar de formalmente violar uma norma atributiva de direito⁵⁷⁹.

A terceira conclusão é que a generalização da afirmação não é verdadeira. A prova *pro reo* deve necessariamente passar pelo crivo da ponderação de interesses para ser justificada. Cite-se o exemplo de réu que obtém prova mediante tortura: tal prova não pode ser aceita porquanto o valor violado é de idêntica estatura (se não maior) que o direito que se visa proteger⁵⁸⁰. Da mesma forma, não podem ser aceitos a narcoanálise, hipnose ou detetor de mentiras. Tais métodos de prova ferem frontalmente a dignidade da pessoa humana, não sendo aprovados no juízo de proporcionalidade em sentido estrito. Também há que se ponderar a adequação da prova (possibilidade de inocentar ou minorar a pena) e a sua necessidade (ausência de outra prova apta a beneficiar o réu). Nesse ponto, o problema consiste na possibilidade de determinar o desentranhamento da prova ilícita *pro reo*, já que o juiz deve analisar as demais provas mediante sua livre apreciação, podendo ocorrer de o juízo de primeiro grau julgar desnecessária uma prova ilícita *pro reo* e eventualmente tal apreciação ser diferente do juízo de um tribunal revisor, o que justificará sua permanência nos autos mesmo na hipótese de dúvida quanto à adequação e necessidade dessa prova.

Outra questão é a situação de uma prova ilícita comprovar a inocência de uma pessoa e a culpa de outra. Imagine-se que A está respondendo a um processo e, para comprovar sua inocência, A realiza o furto de determinado documento da residência de B, vindo a comprovar por tal documento que ele é inocente, e o verdadeiro culpado é B. Segundo Miranda Estrampes, em tal situação a prova é lícita para comprovar a inocência de A, mas ilícita para

vítima”; v. BRASIL. TJSP, HC 147.774-3/5, rel. Des. Djalma Lofrano, 1993, *apud* MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, *op. cit.* p. 107, nota 45.

⁵⁷⁹ Entendendo que a prova que viola direito, *pro reo*, não é ilícita: BRASIL. STF, 1. T., HC 74.678/SP, rel. Min. Moreira Alves, unânime, DJU 16 ago. 1997.

⁵⁸⁰ Nesse sentido (já citados na subseção 3.3.2): ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Trad. Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 2000, p. 206. GÖSSEL, Karl Heinz. La prueba ilícita en el proceso penal. *Revista de derecho penal*. Editorial Rubinzal Culzoni, n. I, ano 2001. Disponível em: <http://www.rubinzal.com.ar/revistas/penal/garantias_constitucionales-e_1.htm>. Acesso em: 16 ago. 2005. §§ 99-100.

sustentar a condenação de B em outro processo⁵⁸¹. Não é correto o posicionamento. Se a conduta de A, na situação, é praticada em estado de necessidade, que é uma excludente da ilicitude justificada pela proporcionalidade, sua conduta, apesar de formalmente violar a intimidade de B (lesão típica ao âmbito de proteção), está justificada pelo procedimento de restrições de direitos fundamentais (colisão e ponderação). A prova não é mais ilícita, pois foi justificada a restrição do direito à inviolabilidade domiciliar pela necessidade de comprovar a inocência do réu, diante do valor preponderante desse direito na situação. Sendo válida a restrição inicial, não existe a necessidade de aplicação do efeito dissuasório como teleologia central da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito, não sendo possível dissociar os efeitos da prova para A e B. A restrição ao direito à prova decorrente do dever de proteção ao sistema de direitos fundamentais não é adequada (pois não é esperado comportamento diverso de qualquer outra pessoa que estivesse na situação de A), nem proporcional, pois, levando em conta com o frágil efeito dissuasório dessa situação, está em concorrência o dever fundamental de proteção penal, cuja preferência condicionada deve ser incrementada levando em conta com a especial gravidade do crime cometido por B. Ademais, tratando no exemplo de prova produzida por particular, deverá haver sua admissibilidade como regra geral.

Finalmente, não é demais lembrar a advertência de Gössel, segundo o qual se deve ponderar também que o crime organizado em breve poderá diligenciar por si uma produção de provas ilegais sobre as quais, considerando-se as limitações estruturais da polícia e do Ministério Público, não se realizar a ponderação de interesses⁵⁸². No mesmo sentido Barbosa Moreira alerta que os traficantes de drogas no Brasil possuem melhores condições de armamento que a própria polícia e "provavelmente, [...] não lhe suscitará maiores escrúpulos munir-se de provas por meios ilegais"⁵⁸³.

Nesse ponto, há que se atentar que a prova ilícita não é sinônimo de prova falsa. Se uma pessoa está sendo acusada de tráfico de entorpecentes e produz uma prova ilícita para documentar sua inocência, cumpre ao juiz, superada a análise da proporcionalidade sobre a admissibilidade da prova, examinar a veracidade da prova, especialmente diante do conjunto

⁵⁸¹ MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2. ed. Madri: Bosch Ed., 2004, p. 109.

⁵⁸² GÖSSEL. La prueba ilícita..., *op. cit.*, § 156.

⁵⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *AJURIS*, ano XXIII, n. 68, p. 18, nov. 1996.

probatório. Se o acusado realmente é culpado e produz uma prova falsa (forja uma suposta interceptação telefônica que o inocentaria), o problema a ser solucionado não é de admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, mas de sua valoração. Obviamente, a coação para um testemunho mendaz também não está alcançada pela exceção que ora se reconhece.

4.3 Prova ilícita *pro societate*

A garantia constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas é genérica para os processos civis, trabalhistas, administrativos e penais. Dentro desse possível conjunto de destinatários do princípio, afirma Oliva Santos que no processo penal estão em colisão interesses superiores mais aptos a justificar uma relativização da garantia da inadmissibilidade do que os demais processos civis ou trabalhistas, com interesses meramente privados⁵⁸⁴. Por outro lado, não se deve negligenciar que também estão em jogo os valores mais sensíveis à dignidade da pessoa humana, sendo o processo penal o palco de atuação das (eventuais) violações policiais que, como já analisado, motivam a existência da garantia da inadmissibilidade⁵⁸⁵.

Daí surge a necessidade de compatibilizar a proteção genérica dos direitos fundamentais, através da regra de exclusão, com o "dever do Estado de perseguir a criminalidade"⁵⁸⁶: Parte-se da consideração de que não pode haver princípios absolutos, que sempre serão superiores a outros. Não se pode afirmar que o direito de defesa seja sempre superior ao dever de proteção penal, porque uma afirmação desse tipo corroeria a lógica do sistema de coordenação dos princípios constitucionais.

O problema passa pela seguinte pergunta: *pode o Estado cometer crimes sob o pretexto de punir outros crimes?* A resposta a esta questão passa pela análise do próprio conceito de crime. Diariamente, a atividade policial é desenvolvida com a prática de fatos típicos: a prisão

⁵⁸⁴ OLIVA SANTOS. *Op. cit.*, p. 9. Tal afirmação de Oliva Santos não exclui a possibilidade de aceitar ponderações de interesses no processo civil, especialmente quando se tratar de situações de interesses indisponíveis mais próximos do princípio da dignidade da pessoa humana, como nas causas de família. Ante os objetivos deste trabalho, tais situações não serão estudadas. Para a análise dos problemas das provas ilícitas no processo civil, ver NERY JR., Nelson. Proibição da prova ilícita — novas tendências do Direito (CF, art. 5º, LVI). In: MORAES, Alexandre (org.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 233-247. SEREJO, Lourival. *As provas ilícitas no direito de família*. São Paulo: IOB Thompson, 2004, *passim*.

⁵⁸⁵ Subseção 2.5.1, *supra*. Aliás, nos Estados Unidos, apenas há *exclusionary rule* para o processo penal; v. FIDALGO GALLARDO, Carlos. La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América. *Tribunales de justicia*, [s.l.]: La ley, n. 5, p. 22, mayo 2003.

⁵⁸⁶ OLIVA SANTOS. *Op. cit.*, p. 6.

é um seqüestro, o cumprimento de um mandado de busca e apreensão é um roubo, a violência utilizada para evitar uma resistência à prisão é uma lesão corporal, o disparo da arma do policial é um fato típico, enfim, toda atividade de investigação é uma grande invasão à privacidade alheia. Polícia é violência (assim como o próprio direito penal o é), no sentido etimológico da palavra: uso da *vis*, da força (efetiva ou simbólica). Todas estas condutas policiais são fatos típicos, mas sua antijuridicidade é excluída pela presença de justa causa: a repressão ao crime como forma de realização do princípio constitucional da proteção penal eficiente dos direitos fundamentais dos demais cidadãos. Obviamente, tal atividade há que se desenvolver sob os parâmetros constitucional e legalmente estabelecidos, como condição de validade, sob pena de resvalar no discurso de recrudescimento do sistema penal, já conhecido como "lei e ordem". No âmbito da dogmática penal, costuma-se justificar todos estes fatos típicos cometidos pelas autoridades policiais através das excludentes da ilicitude (em regra, na forma de estrito cumprimento do dever legal), pois as excludentes da ilicitude retiram a antijuridicidade de um fato típico. As autoridades policiais cometem fatos típicos, mas que não são antijurídicos e, portanto, não cometem crimes para punir outros crimes⁵⁸⁷. Em última análise, é o exame de proporcionalidade, como princípio reitor da solução das antinomias jurídicas, que legitima todas estas condutas. A verdadeira pergunta a ser formulada é sobre qual o nível de violência aceitável para a legitimidade do funcionamento do sistema de justiça criminal.

Existe uma posição majoritária da doutrina nacional no sentido de se admitir a utilização da proporcionalidade como critério de ponderação dos interesses em concorrência na admissão da prova⁵⁸⁸. Os problemas são os critérios concretos dessa ponderação.

Aranha denomina a teoria da proporcionalidade no problema das provas ilícitas de teoria do interesse prevalecente, afirmando que:

em certas situações, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses fundamentais relevantes, antagônicos e que a ela cumpre preservar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e

⁵⁸⁷ A conclusão é feita apenas com base na tradicional dogmática penal. Certamente, a conclusão poderia ser outra caso se utilize um conceito criminológico de crime, no qual se considere a percepção social da violência policial. O que não pode ser considerado crime para a maioria dos policiais, pode sê-lo para uma associação de defesa dos direitos humanos.

⁵⁸⁸ GRINOVER; SCARANCA FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades...*, *op. cit.*, p. 169. Também Tucci, mas com restrições à sua aplicação *pro societate*: TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004, p. 203-6. Ver outras citações na subseção 4.3.8, *infra*.

punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que prevalecer e que, como tal, deve ser preservado⁵⁸⁹.

Pedroso, após discorrer sua opinião contrária à vedação constitucional à admissibilidade das provas ilícitas, afirma que a rigidez dessa disposição constitucional deverá ser contemporizada com todos os demais interesses envolvidos na apuração da verdade mediante o recurso ao princípio da proporcionalidade⁵⁹⁰. No mesmo sentido, defendendo um abrandamento do rigor da norma, afirma Celso Ribeiro Bastos que:

O que cumpre agora fazer é procurar extrair a real significação deste dispositivo, ainda que pessoalmente entendamos que houvera sido melhor para o Brasil adotar uma posição mais contemporizadora, que propiciasse à legislação ordinária e à jurisprudência um avanço no sentido de, em determinadas hipóteses, aceitar-se a prova ainda que ilícita. O que nos reconforta é que uma análise mais detida do assunto nos induz a crer que o preceito constitucional há de ser interpretado de forma a comportar alguma sorte de abrandamento relativamente à expressão taxativa da sua redação⁵⁹¹.

Scarance Fernandes, discorrendo sobre a proporcionalidade *pro societate*, leciona que "não se trata, contudo, de ser o princípio invocado a favor ou contra o acusado, mas de se verificar, em cada situação concreta, se a restrição imposta a algum direito do acusado é necessária, adequada e justificável em face do valor que se protege"⁵⁹².

Todavia, a aceitação dessa aplicação da proporcionalidade não é unânime⁵⁹³. Conforme alerta Luca, o risco da ponderação de interesses da licitude probatória é dado pela prevalência constante do interesse punitivo do Estado, o que traz um critério indeterminado e movediço, normalmente destinado a salvar o processo de uma anulação traumática⁵⁹⁴. Também

⁵⁸⁹ ARANHA. *Op. cit.*, p. 64.

⁵⁹⁰ PEDROSO. *Op. cit.*, p. 178.

⁵⁹¹ BASTOS, Celso Ribeiro de; MARTINS, Yves Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil. Op. cit.*, p. 273 et seq.

⁵⁹² SCARANACE FERNANDES. *Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 95.

⁵⁹³ Contra qualquer relativização: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 151, ainda que posteriormente esta autora, em obra coletiva, citada acima, tenha admitido a possibilidade de utilização da proporcionalidade. Também: MATTA, José Eduardo Nobre. A prova ilícita e o princípio da verdade real no processo penal. In: PACHECO, José Ernani de Carvalho (ed.). *Provas ilícitas*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 17; e SARMENTO. *Op. cit.*, p. 176-182; Sarmento afirma que "os valores constitucionais que regem o direito penal e processual penal são de evidente teor garantista" e que "a admissão de ponderações relacionadas à vedação da prova ilícita fragiliza esta garantia constitucional, aumentando a dose de insegurança inerente ao processo"; *ibidem*, p. 181-182.

⁵⁹⁴ LUCA, Giuseppe de. La cultura della prova e il nuovo processo penale. In: _____. *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 213.

Barroso lembra que é necessário primeiro sedimentar uma cultura de respeito às liberdades públicas para, após, se introduzirem as exceções⁵⁹⁵.

O STF, em várias decisões, tem afirmado a impossibilidade de aplicar o princípio da proporcionalidade para convalidação de provas que violam direitos fundamentais, havendo, contudo, divisão entre seus Ministros. Conferir:

Objecção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que a garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscricção da prova ilícita: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência⁵⁹⁶.

Serão introduzidas, a seguir, categorias aptas a relativizar o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas *pro societate*. Tais exceções de admissão são, na realidade, relações de preferência condicionada favoráveis à prevalência do princípio da proteção penal eficiente frente ao princípio da inadmissibilidade. Nessas relações, deve-se sempre preservar o cuidado para não cair em uma anarquia gnoseológica das pautas de condutas das instituições encarregadas da persecução penal, no esforço concomitante de conciliar a eficiência da persecução penal.

4.3.1 Abuso de garantias constitucionais

Uma primeira situação em que o STF reconhece a possibilidade de aplicação de uma ponderação de interesses *pro societate* é quando ocorre abuso de garantias constitucionais.

⁵⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e as provas ilícitas. In: _____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 222.

⁵⁹⁶ BRASIL. STF, Pleno, HC 79.512/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16 dez. 1999, DJU 16 maio 2003, p. 92, Ementário v. 2110-02, p. 308.

Assim, entende o STF ser admissível a gravação de conversa pelo próprio interlocutor que está sendo vítima de crime (extorsão, ameaça, corrupção etc)⁵⁹⁷. Nessas situações, entende-se que a vítima está agindo em legítima defesa, a qual exclui a ilicitude⁵⁹⁸. Nesse sentido, decidiu o STF que “a gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.”⁵⁹⁹. Esta decisão assevera a que a situação é semelhante à da pessoa que recebe uma carta e, após aberta e lida, a arquiva: o uso posterior da carta arquivada é válido⁶⁰⁰. Essa interpretação amolda-se a uma leitura de proporcionalidade dos princípios em colisão, pois não há um efeito dissuasório efetivo na inadmissibilidade da prova produzida pelo próprio particular que participa da conversa.

Em situação na qual familiar da vítima gravou a conversa com os seqüestradores, afirmou o STF que: “é inconsistente e fere o senso comum — fonte última da proporcionalidade — falar-se em violação do direito à intimidade quando a própria vítima grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista”⁶⁰¹. Nessa situação, os familiares da vítima do seqüestro estarão agindo em legítima defesa, pois os seqüestradores estão praticando uma agressão injusta atual (extorsão) e iminente (agressão ao familiar seqüestrado) que permite as condutas necessárias a salvar a vítima.

Alguns autores entendem que a gravação da conversa pelo próprio interlocutor sequer configuraria um problema de prova ilícita já que não ocorre em verdade uma interceptação

⁵⁹⁷ Neste sentido, para concussão: BRASIL. STF, 1. T., RE 212.081, rel. Min. Galloti, j. 05 dez. 1997, DJU 27 mar. 1998; para concussão realizada por policiais: BRASIL. STF, 2. T., HC 69.204, rel. Min. Velloso, j. 26 maio 1992. Diante destes julgados, pode ser considerado superado o precedente da AP 307 (caso Collor), que considerou inadmissível a gravação de conversa por um dos interlocutores, por ofender a garantia consitucional da intimidade; tal precedente deve ter aplicação subsidiária apenas quando o conteúdo da informação ofenda de forma acintosa a intimidade (*e.g.*, com confissão de adultério sem qualquer relação com as investigações); v. BRASIL. STF, Pleno, AP 307/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13 dez. 1994, DJU 13 out. 1995, p. 34247, Ementário v. 1804-11, p. 2104.

⁵⁹⁸ Reconhecendo que esta situação é uma hipótese de aplicação do princípio da proporcionalidade: GRINOVER, Ada Pellegrini. As provas ilícitas na Constituição. In: TUBENCHALAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo (orgs.). *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 25.

⁵⁹⁹ BRASIL. STF, 2. T., AgRg no AI 503.617/PR, rel. Min. Carlos Velloso, j. 01 fev. 2005, DJU 04 mar. 2005, p. 30, Ementário v. 2182-08, p. 1509.

⁶⁰⁰ Neste sentido, afirma Nelson Nery Jr. que é possível que um dos interlocutores utilize o teor de sua conversa mesmo sem o consentimento do outro co-partícipe do diálogo, com base em uma interpretação analógica do art. 233 do CPP: NERY JR. *Op. cit.*, p. 237-238.

⁶⁰¹ BRASIL. STF, 2. T., HC 75.338/RJ, rel. Min. Nelson Jobim, j. 11 mar. 1998, DJU 25 set. 1998, p. 11, Ementário v. 1924-01, p. 6. Veja-se que a expressão proporcionalidade foi utilizada como um sinônimo de razoabilidade (senso comum), sem seguir-se o critério trifásico da doutrina alemã.

da comunicação por terceiro, mas mera gravação pelo próprio interlocutor destinatário da comunicação. Tratamos desta situação dentro do tema das provas ilícitas por adotarmos a teoria do âmbito de proteção amplo, conforme exposto na teoria de Alexy, que importa que sempre que haja qualquer dúvida sobre a eventual alcance ou não de uma situação pela proteção do direito fundamental, deve-se considerar tal situação *prima facie* protegida, posteriormente realizando-se as restrições mediante a colisão dos princípios fundamentais antagônicos⁶⁰². No caso da gravação da comunicação telefônica pelo próprio interlocutor, é de se analisar que a Constituição Federal, no art. 5º, inciso XII, estabeleceu categoricamente que "é inviolável o sigilo [...] das comunicações telefônicas [...]", não estabelecendo que o sigilo era apenas para terceiros e não alcançaria o próprio interlocutor. Esta conclusão, acertada aliás, é uma construção da doutrina sobre o tema, à luz da colisão dos princípios constitucionais contrapostos. Registre-se que há países nos quais a conduta de gravar conversa própria sem o conhecimento do outro interlocutor constitui crime (conforme o precedente *Shrenk*, do TEDH). Ademais, há posições no Brasil que advogam que a situação deveria configurar prova ilícita: esta ainda é a posição do Ministro Marco Aurélio, em seus votos vencidos no STF⁶⁰³. Portanto, havendo um mínimo de controvérsia, o procedimento correto, à luz da teoria do âmbito de proteção amplo, é incluir a situação *prima facie* na proteção jusfundamental e posteriormente realizar sua limitação com estrita obediência aos parâmetros de proporcionalidade. Tanto assim o é que, *e.g.*, uma divulgação sem justa causa do diálogo ou de uma correspondência, pelo destinatário da comunicação, poderá eventualmente configurar o delito de divulgação de segredo, previsto no art. 153 do Código Penal. A justa causa, elemento normativo deste crime do art. 153 do CP, constitui o próprio exame de proporcionalidade.

Não apenas a vítima pode gravar sua conversa. Se esta solicita a terceiro que grave sua conversa (escuta), também não haverá ilicitude na diligência. No julgamento do HC 74.678⁶⁰⁴, o STF apreciou situação na qual uma pessoa estava sendo vítima de concussão por parte de servidor público (fiscal tributário ameaçada autuar a empresa indevidamente e exigia propina), avisou a polícia e foi orientada por esta a manter contato telefônico com o agente, tendo a polícia gravado a conversa com a autorização da vítima da concussão (escuta telefônica).

⁶⁰² Ver subseção 1.2.6, *supra*.

⁶⁰³ Esta foi a decisão no antigo precedente do caso Collor, acima citado: BRASIL. STF, Pleno, AP 307/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13 dez. 1994, DJU 13 out. 1995, p. 34247, Ementário v. 1804-11, p. 2104.

⁶⁰⁴ BRASIL. STF, 1. T., HC 74.678/SP, rel. Min. Moreira Alves, j. 10 jun. 1997, DJU 15 ago. 1997, p. 37036, Ementário v. 1878-02, p. 232.

Entendeu o STF que a gravação foi realizada em legítima defesa de terceiro, que não se tratava de interceptação mas de gravação com autorização do interlocutor e, portanto, havendo justa causa para a divulgação da informação, como o direito de defesa, é válida a gravação como meio de prova. Com efeito, se o interlocutor pode ele mesmo gravar sua conversa e posteriormente utilizá-la como meio de prova, não há argumento sólido para impedir que o interlocutor solicite a terceiro que grave para si sua conversa telefônica e também a utilize como meio de prova.

Porém, no julgamento do HC 80.949, entendeu o STF que, caso a gravação realizada pela polícia com autorização do interlocutor (escuta) venha incriminar o próprio interlocutor que forneceu a autorização, sua utilização será inadmissível⁶⁰⁵. Registre-se que, nesse precedente, havia dúvida quanto à efetiva existência da autorização do interlocutor precedente à gravação, ou mera informação da autoridade policial da autorização para evitar a decretação da ilicitude, o que possibilita a conclusão de que nessas situações é conveniente a documentação da autorização do interlocutor antes da realização da diligência.

Essa exceção tem aplicação não apenas quando o interlocutor que grava o diálogo é vítima de crime. É plenamente válida a gravação, realizada por um particular, da solicitação de vantagem indevida por parte de um funcionário público, no exercício das funções (corrupção passiva). Nesse caso, o particular não é vítima de crime (como na concussão), mas apenas presencia o ilícito. Nessas situações de crimes cometidos por funcionários públicos no exercício da função, devem ser considerados também outros princípios na ponderação de interesses a justificar a admissibilidade da prova: os princípios constitucionais da publicidade e da moralidade administrativa. Se os atos praticados por funcionários públicos devem ser públicos por imperativo constitucional, não pode o funcionário argüir privacidade de um diálogo praticado dentro de repartição pública, ou, ainda que fora dela, em razão da função pública⁶⁰⁶. Assim, é possível identificar o “princípio da publicidade administrativa como hipótese material de caracterização do meio probatório como lícito”⁶⁰⁷, em razão de inexistir “vida privada” e

⁶⁰⁵ BRASIL. STF, 1. T., HC 80.949/RJ rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30 out. 2001, DJU 14 dez. 2001, p. 26, Ementário v. 2053-06, p. 1145.

⁶⁰⁶ Neste sentido, para crime de corrupção, com gravação por particular em repartição pública: BRASIL. STF, 1. T., HC 74.356, rel. Min. Galloti, j. 10 dez. 1996.

⁶⁰⁷ MELLO, Rodrigo Pereira. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 125. Segundo Mello: “a própria Constituição, repita-se, determinou a publicidade da *administração* e, portanto, tudo aquilo que a ela disser respeito, observadas as ressalvas cabíveis, tem de ser acessível a todos do povo, não estando submetido à vontade ou ao desejo de qualquer sujeito envolvido na situação administrativa em tela. Coloca-se, pois, a jurisprudência norte-americana de *Katz v. United States*, no sentido que na administração

portanto, uma legítima expectativa de privacidade, no âmbito das ações da Administração Pública. Nesse caso, o princípio da proporcionalidade deve nortear a ponderação entre a excepcionalidade da privacidade e a finalidade de publicização, especialmente quando o homem público age não como particular, mas como órgão da administração⁶⁰⁸. Assim, é possível concluir que a gravação fonográfica ou de imagens realizada pelo próprio interlocutor, seja ela particular ou policial, com funcionário público, no exercício das funções, documentando a prática de ilícito funcional deste, será meio de prova legítimo. Há que se atentar, todavia, para o problema do flagrante preparado, hipótese na qual o interlocutor induz o agente a praticar o crime, apenas para documentar a situação e prendê-lo em flagrante. Afora essa situação, a prova será lícita.

Também nesse tópico de admissibilidade da prova quando há abuso de garantias constitucionais deve ser interpretada a admissão de interceptação de correspondência quando o agente pratica o crime através da garantia. Exemplo é a situação de tráfico de entorpecentes pela via postal: sendo documentado mediante exame que a correspondência contém substância entorpecente, será admissível sua abertura para confirmação, e, após, sua apreensão. Nesse sentido, há decisão do STJ entendendo que “a apreensão pelo Juiz competente, na agência dos Correios, de encomenda, na verdade tigre de pelúcia com cocaína, não atenta contra a Constituição da República, art. 5º, VII. Para os fins dos valores tutelados, encomenda não é correspondência”⁶⁰⁹. A argumentação é questionável, pois há uma expectativa de privacidade sobre a encomenda lacrada (a decisão implicitamente utiliza a perspectiva interna da restrição do direito fundamental, não acolhida por Alexy); a solução do caso se dá mediante uma ponderação entre os interesses públicos na persecução penal e a garantia constitucional utilizada de forma abusiva, com a solução, no caso, favorável aos interesses da persecução penal.

Outra situação semelhante foi decidida pelo STF no julgamento do HC 70.814. Nesse caso, já citado na seção 2.4, entendeu o STF que:

pública não pode haver, em sentido juridicamente aceitável, uma *razoável expectativa de privacidade*”; *ibidem*, p. 130, grifo do autor.

⁶⁰⁸ No mesmo sentido, afirma Alexandre de Moraes que “a conjugação dos princípios da moralidade e publicidade impede que o agente público utilize-se da inviolabilidade à intimidade e à vida privada para prática de atividades ilícitas, pois na interpretação das diversas normas constitucionais, deve ser concedido o sentido que assegure sua maior eficácia”: MORAES, Alexandre de. Proibição administrativa e provas ilícitas. *Revista diálogo jurídico*. Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 12, mar. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/form_revista.asp?busca=Alexandre%20de%20Moraes>. Acesso em: 22 dez. 2005.

⁶⁰⁹ BRASIL. STJ, 5. T., **RHC 10.537/RJ**, rel. Min. Edson Vidigal, j. 13 mar. 2001, DJU 2 abr. 2001, RT 791:557.

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 à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas⁶¹⁰.

O referido acórdão realizou uma ponderação de interesses entre a garantia da inviolabilidade da correspondência e a situação de custódia do remetente (presidiário), com a necessidade de garantia da segurança penitenciária, e a especial circunstância de o agente estar determinando a prática de crimes mesmo estando preso. Há abuso da garantia da inviolabilidade da correspondência no fato de o preso utilizá-la para frustrar o efeito de prevenção especial da pena (inocuidade para evitar reiterações criminosas). Veja-se que nesse caso relativizou-se o sigilo epistolar que é estabelecido de forma aparentemente absoluta, nos termos da redação do art. 5º, XII, da CF/88, não exigindo sequer autorização judicial para a medida. Porém, a possibilidade de restrição não é absoluta, devendo ocorrer sempre ante indícios razoáveis (adequação ao fim) de forma subsidiária (necessidade) e ponderando a dignidade do preso com o delito a ser investigado.

A própria admissibilidade constitucional de violação do domicílio na situação de flagrante delito (art. 5º, XI, CF/88) é uma expressão dessa ponderação de interesses, ao considerar que a privacidade do domicílio não pode superar a necessidade de fazer cessar uma prática delituosa, de forma que as provas advindas dessa violação (*e.g.*, depoimentos dos policiais ou terceiros) serão meios de prova plenamente lícitos.

Após a análise dessas decisões, pode-se afirmar que sempre que uma pessoa estiver abusando de uma garantia constitucional para, por meio dela, cometer crimes, será possível uma ponderação de interesses entre a necessidade de eficiência na proteção penal mediante o acesso à prova e a garantia utilizada de forma abusiva, para admitir a prova como lícita, em observância ao princípio da proporcionalidade. Como exemplos, citem-se as extorsões ou ameaças gravadas pela vítima ou por terceiro com sua autorização, gravação de conversa com servidor público no exercício da função, a abertura de correspondências contendo substâncias

⁶¹⁰ BRASIL. STF, 1. T., HC 70.814/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 01 mar. 1994, DJU 24 jun. 1994, p. 16.649, RTJ 176:1136.

ilícitas (como entorpecentes), e a apreensão ou extração de cópia de carta do preso que determina a prática de crimes mediante correspondência.

4.3.2 Exceção de boa-fé

A justificativa da regra de exclusão nos EUA, a partir do precedente *United States v. Calandra* (1974), foi o efeito dissuasório das violações realizadas pela polícia⁶¹¹. A consequência plena desse entendimento foi dada no precedente *United States v. Leon* (1984), que entendeu que, mesmo quando policiais formalmente agem de forma irregular, se há uma situação de licitude putativa (os policiais imaginam que estão agindo de forma lícita, segundo padrões razoavelmente objetivos), não há efeito dissuasório efetivo a justificar a exclusão da prova⁶¹². Também na Espanha há precedente autorizando a diligência quando os policiais agem de boa-fé⁶¹³.

O efeito dissuasório é a teleologia central do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas e a exceção de boa-fé é compatível com essa sua lógica interna: *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*. Viola a instrumentalidade da garantia da inadmissibilidade quando há sua aplicação em situação que não há qualquer necessidade concreta de dissuasão pela ausência de dolo ou culpa grave. A restrição ao direito à prova carece de justificação teleológica.

Concluir que uma prova foi obtida por meios ilícitos abrange uma análise do ordenamento jurídico como um todo, o que acarreta a necessidade de considerar a tipicidade da conduta do violador e, como elemento essencial da ação do agente, sua intenção (dolo), ou o juízo normativo de reprovação (culpa), bem como levar em conta a lesividade da conduta (insignificância). Essa análise parte da constatação de que a inadmissibilidade é uma punição posterior e, como tal, possui articulação com elementos da dogmática penal⁶¹⁴.

Segundo a exceção de boa-fé, as atuações putativas dos policiais configuram situação de ausência de dolo e culpa grave na violação, segundo um padrão do policial “médio”, ou seja, analisando-se requisitos objetivos de ausência de culpa. Também se deve considerar a

⁶¹¹ Subseção 3.2.3, *supra*.

⁶¹² Entendimento reiterado nos precedentes: EUA. Corte Suprema, *Massachusetts v. Sheppard* (1984), *Illinois v. Krull* (1987), e *Arizona v. Evans* (1995); v. subseção 3.2.3, *supra*.

⁶¹³ V. decisão espanhola: ESPANHA. Tribunal Constitucional, STC 22/2003, citada na subseção 3.4.2, *supra*.

⁶¹⁴ Subseção 2.5.3, *supra*.

possibilidade de obtenção legal da prova, se houvesse ciência das reais circunstâncias. Na jurisprudência do STF e STJ não há precedentes utilizando especificamente a argumentação da exceção de boa-fé para justificar provas penais⁶¹⁵.

Veja-se um possível exemplo de exceção de boa-fé. Caso haja busca e apreensão domiciliar sem autorização judicial, tal prova será ilícita; contudo, se um dos moradores houver franqueado a entrada na residência aos policiais, não existe violação de domicílio, sendo válidas as diligências realizadas⁶¹⁶. Nesse caso, há uma situação de exceção de boa-fé se os policiais solicitarem autorização para ingressar no domicílio de uma pessoa, alguém se apresentar como o morador do local e conceder autorização, os policiais ingressarem e efetivamente apreenderem drogas, armas ou o corpo de delito. Se os policiais possuíam a crença justificável de estar agindo de acordo com a lei (autorização putativa), a diligência será válida. Deve-se atentar, especialmente, que, se os policiais tivessem conhecimento das reais circunstâncias, eles poderiam ter validamente providenciado os requisitos para a violação do domicílio. Também devem ser analisados à luz dessa exceção os problemas relativos à mudança de entendimento jurisprudencial: se num primeiro momento foi concedida uma autorização judicial para realizar determinada diligência com amparo em um entendimento jurisprudencial, e posteriormente esse entendimento foi alterado, tal fato não deve acarretar, em princípio, a ilicitude da prova ante a boa-fé das autoridades policiais⁶¹⁷.

Outra situação que deve receber um tratamento à luz da exceção de boa-fé é o problema dos conhecimentos fortuitos (ou descobertas casuais). Pela extensão de sua análise, essa questão será abordada na subseção abaixo.

⁶¹⁵ Relizou-se pesquisa nos sítios do STF e STJ com as expressões “boa-fé e prova e penal”, sem resultados que utilizassem esta expressão para o tema. Pesquisa disponível em: <www.stf.gov.br> e <www.stj.gov.br>. Acesso em: 22 dez. 2005.

⁶¹⁶ Para a validade da autorização dada pela esposa: BRASIL. STJ, 5. T., RHC 12.674/SP, rel. Min. Gilson Dipp, j. 11 jun. 2002, DJU 05 ago. 2002, p. 357, JBC 47:118.

⁶¹⁷ Esta foi a situação do precedente espanhol da STC 81/98, analisada no item, 3.4.3.1, *supra*. Exemplo desta situação deveria ter sido a não-declaração de nulidade de interceptação telefônica autorizada por juiz antes do advento da lei reguladora e a não-contaminação das provas derivadas. Todavia, esse foi o posicionamento do STF: BRASIL. STF, Pleno, HC 72.588/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12 jun. 1996, DJU 04 ago. 2000, p. 3, Ementário v. 1998-02, p. 289, RTJ 174:491. Para comentários a essa decisão, ver item 4.3.4.2, *infra*. Deveria nosso STF ter se inspirado no precedente estadunidense *Linkletter v. Walker* (1965) para negar aplicação retroativa ao novo entendimento (apenas efeito *ex nunc*).

4.3.3 *Segue: conhecimentos fortuitos*

Segundo Rogall, a teoria da ponderação de interesses vem dar as melhores respostas para os problemas dos conhecimentos fortuitos⁶¹⁸. O problema dos conhecimentos fortuitos deve ser analisado em uma análise conjunta do fim de proteção da garantia da inadmissibilidade, da ausência de dolo na violação e da ponderação dos interesses em colisão.

Conhecimentos fortuitos (ou descobertas casuais) são as informações obtidas, de forma imprevista, através da restrição de um direito fundamental autorizada para uma finalidade distinta⁶¹⁹. Por exemplo, as informações obtidas em interceptação telefônica ou busca e apreensão domiciliar relativas a terceira pessoa, ou a outro fato, que não constavam da autorização judicial inicial e, portanto, não havia indício justificativo para sua restrição. Há conhecimento fortuito se a polícia obtém uma autorização judicial para ingressar no domicílio de A para realizar a apreensão de entorpecentes e, ao realizar a diligência, localiza a prova de um outro crime que estavam investigando (ou desconhecido). Ou na situação de se autorizar a interceptação telefônica de A para investigar o crime de tráfico de entorpecentes e descobrir a participação de terceiro nesse crime, ou a autoria do investigado de um outro crime (*e.g.*, uma quadrilha para seqüestro).

Apesar de serem semelhantes, há diferenças entre ambos que justificam uma análise separada dos conhecimentos fortuitos em interceptações telefônicas e em buscas domiciliares.

4.3.3.1 **Em interceptação telefônica**

Os conhecimentos fortuitos em interceptação telefônica podem ser objetivos ou subjetivos, caso recaiam sobre outros fatos, ou sobre a participação de outras pessoas. Em relação ao conhecimento de outros fatos, estes podem ser crimes conexos com o delito investigado,

⁶¹⁸ *Apud* COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 100.

⁶¹⁹ Neste sentido, defendendo conceito restrito de descobertas casuais: DÍAZ CABIALE, José Antônio; MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madrid: Civitas, 2001, p. 190. É possível a existência de descobertas casuais em restrições que não necessitam de autorização judicial, hipótese na qual a descoberta será válida e não haverá os problemas típicos da descoberta casual em sentido restrito: *e.g.*, a polícia ingressa uma casa em decorrência de um flagrante de homicídio e localiza armas ou entorpecentes; a câmera videográfica de segurança de um edifício particular capta casualmente um delito em local público.

crimes sem conexão ou fatos atípicos que constituem meros ilícitos civis ou administrativos. Em relação aos conhecimentos subjetivos, eles podem recair sobre o co-autor do crime investigado, autor de outro crime conexo, autor de outro crime sem conexão, ou autor de fato atípico que configura mero ilícito civil ou administrativo. Quanto aos conhecimentos fortuitos subjetivos, estes ainda podem se referir ao possível interlocutor, ou a terceiro referido durante o diálogo.

Alguns autores entendem que apenas é admissível a utilização dos conhecimentos fortuitos da interceptação telefônica como prova em relação a delito conexo ou contra terceiro co-autor do ilícito ou autor de crime conexo com o crime investigado⁶²⁰. Nesse sentido há decisão do STJ: “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”⁶²¹.

A admissibilidade dessa prova deve ocorrer não apenas para o crime conexo, mas para outros delitos sem conexão, inclusive para outros processos cíveis e administrativos relativos aos mesmos fatos que constituem crime⁶²². A possibilidade de admissibilidade da

⁶²⁰ Nesse sentido, considerando válida a prova contra o interlocutor co-partícipe do delito, em relação a fato novo conexo com o delito investigado e para o qual seria admissível a interceptação, mas entendendo inadmissível o uso da interceptação autorizada no processo penal como prova emprestada para processo cível ou administrativo: GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9276, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 19-24. No mesmo sentido, pela inadmissibilidade da interceptação como prova emprestada: STRECK, Lenio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2001, p. 41. GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: RT, 1997, p. 118-119. Este último admite apenas em relação ao crime conexo do mesmo sujeito investigado que motivou a interceptação, ou de terceiro em continência com este, admitindo-se, contudo, que as informações sejam utilizadas como *notitia criminis* para abertura de nova investigação: *ibidem*, p. 193-4

⁶²¹ BRASIL. STJ, 5. T., HC 33.462/DF, rel. Min. Laurita Vaz, DJU 07 nov. 2005. No mesmo sentido, decisão recente do STF: “Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção”; BRASIL. STF, Pleno, HC 83515/RS, rel. Min. Nelson Jobim, j. 16 set. 2004, DJU 04 mar. 2005, p. 11, Ementário v. 2182-03, p. 401.

⁶²² Neste sentido, admitindo a validade dos conhecimentos fortuitos em interceptações telefônicas: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 191-3. PEDROSO. *Op. cit.*, p. 167. MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 131-137. Esta é a posição de Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, desde que o novo fato seja de gravidade igual ou superior à do investigado: GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades...*, *op. cit.*, p. 223-4. Para a utilização no processo civil, como prova emprestada do processo penal: NERY JR. *Op. cit.*, p. 241-2. SCARANCE FERNANDES. *Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 110-111. GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades... op. cit.*, p. 234-5. BARBOSA MOREIRA. *Op. cit.*, p. 24-25. Também Gössel defende abertamente a admissibilidade dos conhecimentos fortuitos: *apud* COSTA

interceptação como prova emprestada para processos cíveis ou administrativos ocorrerá quando o crime também consistir em ilícito civil ou administrativo, diante da incidência da jurisdição. Essa conclusão passa pela natureza jurídica da prova decorrente da interceptação telefônica, da análise dos interesses em colisão da produção da prova e da consideração da inevitabilidade da restrição do direito do eventual interlocutor.

Segundo a teleologia do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, não há qualquer efeito dissuasório a justificar uma restrição ao direito à prova no caso dos encontros fortuitos de informações de outros crimes (ausência de adequação). Ainda que se supere a adequação, na ponderação dos interesses envolvidos entre um direito fundamental já (validamente) violado e os interesses do processo criminal em apurar outro ilícito descoberto sem arbitrariedades, deve prevalecer o segundo.

Não se deve perder de vista na resolução da colisão entre os princípios fundamentais da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas ilícitas, que este último princípio possui a teleologia central de evitar as arbitrariedades cometidas pelas instituições encarregadas da persecução penal. Não há arbitrariedade nos conhecimentos fortuitos; ao contrário, os agentes policiais agem de boa-fé. A inadmissão dessas informações consiste numa sacralização do rito sem correspondente ganho dissuasório, em detrimento da verdade e da justiça.

O eventual efeito dissuasório nessas situações seria coibir a malícia policial, ou seja, coibir uma solicitação de autorização para interceptação telefônica ou busca domiciliar por um crime que sabe inexistente, apenas com a finalidade de obter uma prova de outro crime, para o qual não se possuem indícios a justificar a intervenção ou não seria admissível a diligência. Obviamente, se comprovada a má-fé policial, não deve ser admissível a prova por desvio de finalidade, tal como reconhecido no precedente estadunidense *Franks v. Delaware* (1978)⁶²³. Essa situação, porém, é excepcional, devendo a regra ser a admissibilidade dos conhecimentos fortuitos obtidos em situação de boa-fé.

Especialmente em relação ao terceiro com o qual o investigado trava o diálogo, deve a prova ser aceita. Trata-se de uma autorização judicial inevitável: autorizando-se a

ANDRADE. *Op. cit.*, p. 112.

⁶²³ V. item 3.2.4.1, *supra*.

gravação das conversas telefônicas de A, implicitamente há uma autorização para gravar a conversa dos eventuais interlocutores. A restrição do direito do terceiro é inevitável, pela impossibilidade de cisão do discurso. Em relação a esse interlocutor eventual, a gravação pode e deve ser utilizada. Não deve ser necessária uma nova autorização para gravar as conversas do interlocutor, pois se trata de restrição inevitável; caso contrário, a cada possível interlocutor seria necessária uma autorização judicial específica. Não se pode perder de vista que a finalidade do procedimento é evitar a arbitrariedade (grampos clandestinos) e não inviabilizar uma investigação de crimes mais graves para os quais há indícios que justificam a medida. Se há indícios que A está cometendo um delito e o juiz autoriza a gravação das comunicações de seu número telefônico, implicitamente há uma autorização para descobrir eventuais partícipes, gravar tais conversas e utilizá-las como meio de prova contra estes. Não se vislumbra razão lógica para, descobrindo-se a participação de B, o juízo não autorizar uma investigação dele (se ele liga para o número do telefone de A). Apesar de a Lei n. 9.296/96 exigir a confecção periódica de relatório ao encerramento da diligência (que tem prazo máximo de 15 dias a cada autorização judicial), a ausência de autorização expressa do juízo para investigar B em uma renovação da diligência não invalida o meio de prova contra este, por se tratar de restrição inevitável.

Nessas situações, há que se analisar se a nova informação, o novo fato conexo, ou a descoberta da participação de terceiro altera a competência do juiz que autorizou as diligências. Suponha-se, por exemplo, que delegado de polícia civil requeira a juiz de direito autorização para interceptação telefônica, diante de indícios da prática de tráfico doméstico de entorpecentes. No curso das investigações, descobre-se que o tráfico era internacional, fato que desloca a competência para a justiça federal. Ou ainda: juiz autoriza a interceptação telefônica de A e, posteriormente, descobre-se que B, portador de foro por prerrogativa de função, é co-autor do delito ou praticou outro crime (conexo ou não). Nesses casos, a diligência é válida, pois a autoridade policial agiu inicialmente em boa-fé e, portanto, não há efeito dissuasório a justificar a exclusão probatória.

Nesses casos, é necessária a comunicação posterior dos fatos ao juiz para que ele decida sobre sua competência de autorizar as novas diligências. Obviamente, a análise das gravações para percepção dessas circunstâncias não é imediata: as autoridades de investigação gravam as conversas e posteriormente as analisam, normalmente no momento da confecção do

relatório ao final dos 15 dias da autorização inicial⁶²⁴. Quando se documentar que as novas circunstâncias alteram a competência do juiz para autorizar a restrição haverá a necessidade de uma nova representação policial esclarecendo o andamento das investigações, manifestação do Ministério Público e uma decisão do juiz encaminhamento o feito ao outro juízo competente para nova autorização de continuidade das diligências. Considerando a inevitabilidade da restrição anterior e, especialmente, a ausência de dolo pelos policiais (exceção de boa-fé), a prova já produzida não deve ser julgada ilícita, mas sim conhecimento fortuito válido⁶²⁵.

Questão diversa é avaliar a veracidade e o grau de convicção transmitido pela prova. Se em um diálogo entre A e B grava-se que C praticou um outro crime, a gravação legitima a abertura de investigação contra C⁶²⁶ e, diante das outras provas, a gravação pode ser considerada pelo juiz para prolação de sentença condenatória de C. Deve ser admitida não apenas como *notitia criminis*, mas como prova documental relativa à existência de determinado diálogo entre duas pessoas. Documenta apenas que A e B tiveram um diálogo no qual afirmaram que C cometera tal delito. Certamente, não poderá C ser condenado apenas com base nessa gravação, mas ela deverá ser avaliada perante o conjunto probatório e, se confirmada por outras provas (testemunhais, documentais, periciais), poderá subsidiar uma decisão condenatória. Esse é um problema de avaliação da prova, não de sua admissibilidade. Portanto, a prova emprestada de interceptação telefônica não é prova ilícita, e, portanto, inadmissível, mas sim prova válida, sobre a qual se deve realizar uma valoração especialmente cuidadosa⁶²⁷.

⁶²⁴ Segundo Luiz Flávio Gomes, o encaminhamento dos relatórios ao juízo, se a interceptação foi realizada durante o inquérito, deveria ocorrer apenas quando terminar o inquérito e elaborar relatório final; v. GOMES; CERVINI. *Interceptação telefônica...*, *op. cit.*, p. 223. Todavia, se houver pedido de renovação de prazo da diligência, a representação policial deve vir acompanhada de uma análise (ainda que suscinta) das diligências já realizadas. Aqui também há que se fazer uma análise com razoabilidade, para que o fato que altera a competência, não descoberto no pedido de prorrogação por motivos objetivamente justificáveis (boa-fé) e constatado apenas posteriormente quando de uma análise mais profunda, não venha anular todo o material probatório produzido.

⁶²⁵ Trata-se de uma restrição imponderada e inevitável de direito fundamental, pois no momento da autorização inicial não era possível realizar a ponderação. Sobre a restrição imponderada como causa de justificação das descobertas casuais, v. DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 196.

⁶²⁶ Neste sentido, entendendo que os conhecimentos fortuitos de outros crimes sem conexão com o delito especificado na autorização são prova ilícita mas sempre devem valer como *notitia criminis* para se iniciar uma nova investigação, v. GOMES; CERVINI. *Interceptação telefônica...*, *op. cit.*, p. 193-4. No direito italiano há norma expressa admitindo a utilização dos conhecimentos fortuitos como *notitia criminis*; v. TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Daniela Mróz e Alexandra Martins. São Paulo: RT, 2002, p. 252.

⁶²⁷ Neste sentido, mostra-se correta a decisão do STJ, que considera que a prova emprestada não é, em si mesma ilícita, devendo-se considerar seu valor diante do conjunto probatório: “Ademais, não há que se falar, ainda, em constrangimento ilegal, uma vez que não existe decreto condenatório fundado apenas na **prova emprestada**, que, quando utilizada dentro do conjunto probatório, como mais um elemento de convicção do magistrado, é perfeitamente admitida”; v. BRASIL. STJ, 5. T., HC 38.671/RS, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03 fev. 2005, DJU 07 mar. 2005, p. 308. No mesmo sentido, da outra turma: “Em não decorrendo a condenação exclusivamente

Outra questão que pode ser levantada sobre os conhecimentos fortuitos é a eventual violação ao princípio do contraditório.

A interceptação telefônica possui natureza de prova documental: as gravações realizadas documentam que houve uma conversa entre os interlocutores com determinado conteúdo. Assemelha-se, assim, a uma carta aberta e arquivada, a uma foto que retrata uma situação, a uma filmagem que documenta algo que ocorreu. Todas essas são provas documentais⁶²⁸. Nesse sentido, o art. 383 do CPC, aplicável por analogia ao processo penal, classifica as reproduções fotográficas, cinematográficas e fonográficas como provas documentais. Quando a polícia técnica realiza a degravação, a avaliação da autenticidade do conteúdo dos diálogos e a constatação da inexistência de fraude, tais constatações se materializarão em um laudo de exame e consistirá em uma prova pericial: uma perícia sobre o conteúdo de uma prova documental.

Quando a doutrina tradicional exige, para admitir-se a possibilidade de utilização de prova emprestada, que se trate das mesmas partes no processo de origem e de destino da prova emprestada, o que se procura proteger é o princípio constitucional do contraditório, de forma que uma parte não seja prejudicada com a utilização de uma prova para a qual não teve oportunidade de participar de sua formação ou de debater sobre seu conteúdo.

Ocorre que não há contraditório sobre a formação das provas documentais. Estas apenas registram uma situação tal qual ocorreu. O contraditório sobre as interceptações telefônicas é diferido, para o futuro, e recairá sobre os requisitos para a autorização (se estavam preenchidos) e sobre o conteúdo das gravações (autenticidade e significado dos diálogos). Sendo posterior o contraditório sobre as gravações, não há qualquer antinomia entre a prova emprestada de interceptação telefônica e o princípio do contraditório, já que no processo de destino poderá a parte interessada validamente discutir se foram preenchidos os requisitos de autorização da

de **prova emprestada**, mas de robusto conjunto probatório, não há falar em constrangimento ilegal, firme que se mostra a jurisprudência pátria no sentido da admissibilidade dessa **prova** no processo **penal**"; BRASIL. STJ, 6. T., HC 23.721/SP, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 02 mar. 2004, DJU 03 maio 2004, p. 214. Segundo o STF, a prova emprestada é válida, mas possui um valor precário ante a ausência de contraditório: "A **prova emprestada**, especialmente no processo **penal** condenatório, tem valor precário, quando produzida sem observância do princípio do contraditório"; v. BRASIL. STF, 1. T., HC 67.707/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJU 14 ago. 1992. Especificamente admitindo a validade de utilização de interceptação telefônica como prova emprestada: BRASIL. STJ, 5. T., HC 27.145/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 05 ago. 2003, DJU 25 ago. 2003, p. 342.

⁶²⁸ Nesse sentido, reconhecendo que a gravação da interceptação telefônica é uma prova documental: GRINOVER; SCARANCA FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades...*, *op. cit.*, p. 210.

medida no processo de origem, bem como se manifestar sobre a autenticidade e significado dos diálogos. Quanto ao laudo pericial, poderá a parte no processo de destino impugnar as conclusões dos peritos (da mesma forma como ocorre no processo de origem), inclusive requerendo quesitos adicionais a serem esclarecidos. Não há violação ao contraditório.

Também devem ser analisadas a compatibilidade entre a previsão constitucional de permissão da realização da interceptação telefônica apenas em processo penal (CF/88, art. 5º, XII) e sua utilização posterior em outro procedimento (criminal, cível ou administrativo, por fatos que constituem crime).

O que o dispositivo constitucional estabelece é um requisito qualificado para a restrição do direito fundamental da privacidade na comunicação telefônica. Apenas será possível sua restrição para instruir procedimento criminal (*lato senso*). Contudo, uma vez validamente violado o sigilo da comunicação telefônica, não há mais o fim de proteção de violações desarrazoadas, de sorte que as informações obtidas são válidas para ensejarem investigações sobre novos delitos: trata-se de prova lícita.

É inadmissível a autorização de interceptação telefônica para a finalidade exclusiva de utilização em processo civil ou processo administrativo. Mas sendo autorizada para surtir efeito em processo penal, é plenamente possível sua utilização como prova emprestada em outro processo cível, pois é prova válida. Não se pode negligenciar que há uma comunicabilidade entre as instâncias criminal e cível, pois um mesmo fato pode constituir crime, ilícito civil e administrativo. A condenação criminal transitada em julgado permite, até mesmo, a ação civil *ex delicto*, nos termos dos artigos 63 do CPP e 91, I, do CP. Nessa situação, claramente a prova utilizada no julgamento criminal está repercutindo no julgamento cível. Apenas deve haver a restrição quando se tratar de fato atípico, pois é inadmissível sua utilização em processo penal e, por consequência, também no cível. Ainda assim, há que se ter uma interpretação maleável na análise, para que fatores acessórios como causas extintivas da punibilidade ou outras não invalidem o direito à prova perante outras instâncias.

Também não se deve subestimar a relevância constitucional do processo administrativo. Imagine-se uma situação hipotética: autorizada judicialmente uma interceptação telefônica para investigar um crime praticado por A; no curso das investigações, documenta-se o

diálogo de A com seu co-autor B; esclarece-se que B é um promotor de justiça e está envolvido na organização criminosa. Indaga-se: além da utilização no processo criminal contra B também é possível a utilização dessa prova em seu processo administrativo disciplinar perante a Corregedoria do MP para suspensão das atividades e posteriormente para perda do cargo (aposentadoria compulsória)? É claro que sim. Os fatos investigados constituem ao mesmo tempo ilícito penal e administrativo, não havendo como dar a solução penal e não fornecer a solução administrativa. Considerando o nível de garantias processuais na jurisdição penal, o processo será necessariamente mais longo, não sendo coerente aguardar o trânsito em julgado da decisão penal para iniciar o processo administrativo. A prova foi validamente produzida, sem arbitrariedades, e poderá o interessado exercer o contraditório diferido também no processo administrativo. Os imperativos de justiça decorrentes da moralidade administrativa e da confiança da população nas instituições democráticas devem justificar a admissibilidade da prova.

Em conclusão, não há arbitrariedade nos conhecimentos fortuitos em interceptações telefônicas, sejam eles relativos a crimes não conexos, terceiros interlocutores ou referidos, sendo admissível sua utilização como prova em relação aos outros fatos, contra terceiros não mencionados na autorização judicial inicial, bem como em processos cíveis ou administrativos por fatos que também constituam crime. A exceção de boa-fé justifica a prova, ante a ausência de adequação da restrição ao direito à prova. O problema, nesses casos, deverá ser de correta avaliação da prova, não de inadmissibilidade.

4.3.3.2 Em buscas e apreensões domiciliares

A situação de descobertas casuais em busca e apreensão domiciliar possui similitude com o problema nas interceptações telefônicas: deve-se coibir o abuso e a arbitrariedade, não as ações de boa-fé.

Assim, se há legitimidade na intervenção inicial de entrada no domicílio, devem ser diferenciadas duas situações: (1) se os objetos a serem apreendidos constituem coisa cuja posse já constitua crime; (2) se o objeto constitui apenas prova de outro delito.

Na primeira situação, o agente está em situação de flagrância, pois se trata de crime permanente. A situação de flagrância legitima constitucionalmente a violação do domicílio

(CF/88, art. 5º, XI)⁶²⁹. O requisito dos indícios (*probable cause*) para a violação do domicílio é validamente substituído pela legitimidade da intervenção inicial no domicílio e pelo conhecimento fortuito da situação da nova situação de flagrância. Nesse caso, é válida a apreensão dos objetos e, inclusive, a prisão do autor do delito, se presente. Como exemplo, pode ser citada a apreensão de substâncias entorpecentes, armas, obras obtidas com violação de direito autoral, cadáver, explosivos, petrechos de falsificação de moeda ou papéis públicos⁶³⁰, desde que à evidência se trate de objetos cuja posse seja ilícita.

Ainda assim, deve-se ressaltar que a descoberta desses objetos deve ser efetivamente fortuita, realizada no curso normal da busca do objeto inicial para o qual havia autorização judicial. Se há uma busca abusiva em locais não discriminados na autorização, ou se a busca prossegue mesmo após a apreensão do objeto para o qual havia autorização, sem que haja qualquer legitimação de intervenção indiciária para essa outra busca, a situação configura a ilicitude da prova. Nesse caso, há uma prova ilícita por derivação (a apreensão do objeto deriva de um abuso na busca domiciliar), devendo a questão ser eventualmente reanalisada à luz das exceções às provas ilícitas por derivação (especialmente a descoberta inevitável).

A apreensão na situação de flagrância deve respeitar a proporcionalidade da restrição. Por exemplo, tratando-se de infrações penais de menor potencial ofensivo, não é admissível a prisão (Lei n. 9.099/95, art. 69, parágrafo único). Também a insignificância do delito não justifica a medida, como, por exemplo, localizar na residência um único CD falsificado e prender o agente por receptação.

Quanto à segunda situação, verifica-se que a maioria das situações de apreensão de corpo de delito já está abrangida pela hipótese acima descrita de flagrância. Caso a mera posse do objeto não constitua crime (documentos aparentemente falsificados, vários talões de cheque de pessoas diversas, ou a apreensão de um computador se a autorização judicial mencionou apenas a substância entorpecente), a princípio não poderá ocorrer a apreensão, admitindo-se que os depoimentos dos policiais que realizaram a diligência venham subsidiar novo pedido de

⁶²⁹ Neste sentido, entendendo desnecessária a expedição de autorização judicial para apreensão de substâncias entorpecentes, havendo fundadas suspeitas, por se tratar de crime permanente: STJ, 5. T., RHC 16.792/GO, rel. Min. Gilson Dipp, j. 02 jun. 2005, DJU 20 jun. 2005, p. 295.

⁶³⁰ Respectivamente, condutas tipificadas no art. 12 da Lei n. 6.368/76, art. 12 e 14 da Lei n. 10.826/03, e art. 184, § 2º, art. 211, 253, 291, e 294, todos do CP.

autorização judicial⁶³¹. Tal situação é diversa dos conhecimentos fortuitos em interceptação telefônica, pois naquela a gravação de todas as conversas é inevitável, enquanto aqui o ato de vasculhar todos os locais da casa e apreender objetos distintos dos contidos na autorização é um requisito para evitar eventuais arbitrariedades (a finalidade do princípio da inadmissibilidade).

4.3.4 Descontaminação posterior

Há uma descontaminação posterior sempre que houver possibilidade de renovação posterior do ato viciado, ou quando o titular do direito violado confirmar o teor da prova. Essas hipóteses serão analisadas separadamente abaixo.

4.3.4.1 Descontaminação por possibilidade de renovação do ato

Segundo Picó i Junoy, é admissível a convalidação sempre que a prova puder ser produzida posteriormente sem o vício original, citando como exemplo a requisição de documentos de repartição pública sem as formalidades, renovando-se o ato com as formalidades legais⁶³². Essa perspectiva era compartilhada por Carnelutti, que via na possibilidade de renovação do ato processual uma válvula de legitimação subsequente do ato, de forma que o *male captum* original é substituído pelo *bene captum* posterior⁶³³. Nesse caso, ocorre uma espécie de sanatória.

Uma primeira aplicação dessa possível exceção é para as provas decorrentes da quebra do sigilo bancário, fiscal e telefônico. A jurisprudência tem se orientado no sentido de que tais sigilos são uma expressão do direito à intimidade e sua violação demanda autorização judicial. Tal entendimento deve ser alterado para se reconhecer a possibilidade de acesso direto a essas informações⁶³⁴. Contudo, ainda que se entenda de forma diversa e se exija a autorização judicial para a violação das informações fiscais, bancárias ou telefônicas, caso se decrete a

⁶³¹ Como visto na subseção 3.5.6, a jurisprudência italiana possui uma tendência maior de admissão da prova quando se trata de corpo de delito. Também nos EUA, a exceção de boa-fé produziria resultados semelhantes. No Brasil, o corpo de delito possui um regramento legal especial, como na determinação cogente de sua apreensão no art. 6º, II e art. 158 e 184, todos do CPP, bem como no art. 243, § 2º, do CPP, que permite a apreensão do corpo de delito mesmo esteja que em poder do defensor. Ainda que ilícita a apreensão, deve-se considerar a possibilidade da descoberta inevitável do objeto, para uma decisão final sobre a admissibilidade.

⁶³² PICÓ I JUNOY, Joan. Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas. *La Ley*, ref. D-19, tomo 1, item IV, *in fine*, 23 jan. 1997.

⁶³³ GRINOVER. *Liberdades públicas...*, *op. cit.*, p.107.

⁶³⁴ Ver *infra*, subseção 4.3.9.

inadmissibilidade da prova a consequência é a exclusão desta dos autos. Todavia, nada impede que a prova seja posteriormente produzida, da mesma forma como consta dos autos, se o juiz conceder nova autorização judicial. A situação aqui é diversa da interceptação telefônica, pois uma autorização judicial já não permite obter uma conversa pretérita. Assim, quando o juiz julgar um requerimento de exclusão de documentos relativos a sigilo bancário, fiscal e telefônico, deverá analisar se estão presentes os requisitos de autorização da violação desses sigilos (de forma genérica, o *fumus boni iuris* e a indispensabilidade); caso presentes os requisitos, poderá o juiz conceder a autorização judicial e realizar a convalidação posterior da prova. Tal solução é informada pela instrumentalidade das formas, pela ausência de prejuízo, pelo princípio da economia processual e pela compatibilização da persecução penal eficiente com as garantias individuais.

Há precedente do STF entendendo que a violação do sigilo bancário e fiscal por decisão judicial não fundamentada torna ilegítima a prova (violação a normas processuais), mas, se posteriormente houver uma decisão judicial fundamentada autorizando a diligência, será desnecessário o desentranhamento por economia processual⁶³⁵. Veja-se que essa decisão acaba permitindo uma situação de controle posterior da legalidade da medida: se realizada de forma correta, haverá a convalidação da prova; se realizada de forma arbitrária, haverá a decretação da ilicitude, possibilitando a responsabilização do agente⁶³⁶.

4.3.4.2 Descontaminação por confirmação posterior do teor da prova pelo titular do direito violado

Nessa exceção é possível vislumbrar três situações: gravações clandestinas em relação às quais posteriormente o interlocutor confirma o teor da conversa; interrogatório ilegal (normalmente por ausência de advertência do direito ao silêncio) em relação ao qual

⁶³⁵ Neste sentido, admitindo a convalidação posterior: BRASIL. STF, 1. T., HC 80.724/SP, rel. Min. Ellen Gracie, j. 20 mar. 2001, DJU 18 maio 2001, Ementário 2030-3, p. 542.

⁶³⁶ O tratamento dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, por admitir convalidação posterior, deve evoluir para admitir o acesso às informações diretamente pelos órgãos de persecução penal, com análise *post actum* pelo juízo, inclusive com responsabilidade pessoal do agente em caso de abuso. Essa interpretação está de acordo com a política criminal orientada pela defesa dos direitos fundamentais, especialmente diante das novas formas de relações sociais da sociedade pós-industrial. Essa interpretação é plenamente compatível com a Constituição, pois essa não impôs ônus adicionais para o acesso dessas informações. Todavia, é preciso a evolução da jurisprudência, para que não haja a negativa de informação dos bancos e agências de telefone. Ver argumentação na subseção 4.3.9, *infra*.

posteriormente há confirmação das informações; e busca e apreensão domiciliar viciada e posterior confissão do investigado sobre os fatos.

Assim, se o acusado ou o outro interlocutor confirmar posteriormente o teor de uma interceptação telefônica clandestina ou dos fatos, será possível que essa confirmação seja utilizada como prova⁶³⁷. Essa situação corresponde à decisão estadunidense *Wong Sun v. United States* (1963), na qual houve um interrogatório sem os *Miranda warnings* e posterior interrogatório com a presença destes, e também à decisão espanhola da STC 161/99, na qual houve busca domiciliar viciada, mas posteriormente o acusado confirmou a posse de entorpecentes⁶³⁸. No mesmo sentido, a STC 85/1996 considerou que a reafirmação em juízo das informações prestadas na delegacia purga o vício inicial, e que “a validade da confissão não pode depender dos motivos internos do confidente, mas das condições externas objetivas de sua obtenção”⁶³⁹.

O STF não tem aceitado essa interpretação para as interceptações telefônicas. Tal posicionamento deve ser reanalisado. No julgamento do HC 72.588⁶⁴⁰, o Pleno do STF entendeu ser ilícita uma interceptação telefônica realizada com autorização judicial, porque efetivada em 1995, antes da vigência da Lei nº 9.296/96, que regulamentou o inciso XII do art. 5º da CF/88. Nesse caso, policiais solicitaram autorização judicial para interceptar as conversas de um telefone público instalado dentro do presídio, sob a suspeita de que os presos estavam comandando o tráfico de dentro do presídio, tendo o juízo autorizado a diligência. Na gravação, foi verificada uma conversa entre um advogado e o preso, seu cliente, na qual o advogado exigia o adiantamento de determinados valores que seriam destinados a um juiz de direito, para a soltura

⁶³⁷ Nesse sentido, entendendo que a confirmação posterior convalida a prova: Wolter *apud* COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 179.

⁶³⁸ No mesmo sentido, admitindo a descontaminação posterior quando o acusado reafirma seu depoimento sem os vícios iniciais: COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 89. GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, § 146. Ainda nesse sentido, afirma Bénédicte que há possibilidade de rompimento do nexo de causalidade entre prova direta e indireta mediante um ato voluntário do acusado, na situação em que, após a confissão inicial viciada pela ausência de advertência sobre o direito ao silêncio, o investigado reitera sua confissão posteriormente, agora recebendo as devidas advertências: BÉNÉDICT, Jérôme. *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*. Lausanne: Pro Schola, 1994, p. 60.

⁶³⁹ *Apud* LÓPEZ ORTEGA, Juan José. Prueba y proceso penal: el alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional. *Revista de derecho y proceso penal*, [Navarra?]: Aranzadi, p. 139-140, 1999.

⁶⁴⁰ BRASIL. STF, Pleno, HC 72.588/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12 jun. 1996, DJU 04 ago. 2000, p. 3, Ementário v. 1998-02, p. 289, RTJ 174:491. No mesmo sentido, entendendo ilícita interceptação telefônica antes do advento da lei regulamentadora: BRASIL. STF, 2. T., HC 81.154/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 02 out. 2001; BRASIL. STF, 2. T., HC 75.007, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 08 set. 2000.

do preso. Realizada a investigação desses fatos, verificou-se que não eram verdadeiros e que o advogado, na verdade, cometera o delito de exploração de prestígio (CP, art. 357). Durante a investigação da Corregedoria de Justiça, tanto o investigado quanto o preso confirmaram que a gravação correspondia a uma conversa que efetivamente tiveram, ainda que posteriormente o acusado tenha negado em juízo.

Nesse precedente, o STF entendeu que a denúncia se baseava em uma única prova ilícita, e determinou o arquivamento da ação penal. A decisão não acolheu o parecer do Subprocurador Geral da República, Cláudio Fonteles, que afirmou que havia outras provas válidas a sustentar a acusação. Com efeito, se toda a prova testemunhal posterior confirmou o teor da conversa telefônica, não se pode negligenciar que esses depoimentos convalidam (ou, ao menos, substituem) a informação contida na gravação. Deve-se levar em conta, ademais, que podia o próprio detento, por iniciativa própria, realizar uma comunicação da extorsão dos valores e solicitar as providências cabíveis (teoria da autonomia da vontade dos testemunhos⁶⁴¹). Entender de forma diversa é considerar que houve aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada a partir de uma interceptação telefônica com autorização judicial (ainda que antes do advento da lei regulamentadora), o que não se compatibiliza com o efeito dissuasório como teleologia central da garantia da inadmissibilidade. Na pior das situações, a interceptação deve ser utilizada como *notitia criminis*, permitindo o início das investigações.

Uma outra situação de convalidação posterior é o caso de um investigado realizar uma confissão sem as formalidades legais perante a autoridade policial (como, *e.g.*, a advertência ao direito ao silêncio) e, posteriormente, cumpridas as exigências, confirmar tais informações. Essa foi a argumentação utilizada no caso *Wong Sun* da Suprema Corte estadunidense, que julgou inválida a primeira confissão sem os *Miranda warnings*, todavia afirmou a validade da segunda confissão, com as devidas advertências. Também é a posição predominante na jurisprudência alemã. Entende-se que se há uma nova produção da prova com a observância das formalidades legais, esta nova produção convalida a prova viciada (ou substitui-a).

Ainda assim, é de se atentar para a advertência de Roxin de que, em tal situação, o investigado/acusado deve ser advertido de que a prova anterior estava viciada (ou

⁶⁴¹ Sobre essa exceção, ver subseção 4.4.4, *infra*.

havia a possibilidade de arguição de eventual vício) e pode eventualmente não ser utilizada contra si. A ausência dessa informação pode induzir o depoente a avaliar, na suposição de que o fato já estava definitivamente comprovado, que a nova confissão era sua melhor postura, induzindo-o a desconsiderar suas outras efetivas alternativas processuais. De qualquer sorte, o anterior conselho de advogado e sua assistência durante a realização do ato deve suprir essa exigência de informação prévia, presumindo-se o conhecimento das alternativas processuais pelo patrono. Também as circunstâncias objetivas da segunda confissão devem ser ponderadas na análise, bem como a gravidade da violação inicial. Registre-se que há precedente do STF admitindo a oitiva judicial do advogado que participou do interrogatório perante a autoridade policial para confirmar se essa diligência foi realizada sem constrangimentos ilegais, sem que tal testemunho do causídico seja prova ilícita (não se trata de informações confidenciais que o advogado recebeu de seu cliente, mas de atestar a regularidade de um ato processual do qual o advogado participou)⁶⁴².

Finalmente, quando a própria defesa requer que uma prova ilícita decorrente de violação de direito disponível do acusado permaneça nos autos, deve-se admitir que tal ato equivale à nova produção da prova pelo titular legítimo, o que deve convalidar o vício inicial. No julgamento do HC 70.814 pelo STF, já referido (interceptação de correspondência epistolar de preso)⁶⁴³, um dos argumentos levando em conta pelo STF foi o fato de o acusado ter solicitado, em suas alegações finais, a manutenção da carta nos autos para a sua utilização em favor da defesa. Essa situação é uma forma de convalidação posterior por reafirmação do titular do direito. Essa exceção de convalidação possui especial ligação com a exceção de vício diluído (nexo causal atenuado), para as provas ilícitas por derivação, como será analisado abaixo⁶⁴⁴. Também no julgamento do HC 74.197 essa teoria da descontaminação posterior já foi acatada pelo STF para a situação de violação ao sigilo bancário. Conferir: “A quebra do sigilo bancário – não observado o disposto no artigo 38, § 1º, da Lei nº 4.595/64 – não se traduz em prova ilícita se o réu, corroborando as informações prestadas pela instituição bancária, utiliza-as para sustentar sua defesa. Ordem denegada.”⁶⁴⁵.

⁶⁴² BRASIL. STF, 2. T., HC 75.342/SP, rel. Min. Néri da Silveira, j. 04 nov. 1997, DJU 01 jun. 2001, p. 77, Ementário v. 2033-02, p. 421.

⁶⁴³ BRASIL. STF, 1. T., HC 70.814/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 01 mar. 1994, DJU 24 jun. 1994, p. 16649, RTJ 176:1136 (v. p. 13 do voto do relator).

⁶⁴⁴ Subseção 4.4.4.

4.3.5 Violações por particulares

Como visto no capítulo anterior, tanto os EUA (a partir do precedente *Calandra*) como Alemanha não possuem restrições à admissão de provas ilícitas obtidas por particulares⁶⁴⁶. Entende-se que, como a inadmissibilidade é um princípio destinado a produzir um efeito dissuasório de arbitrariedades das autoridades encarregadas da persecução penal, não há qualquer efeito preventivo em relação a particulares, o que não justifica o alto custo social da exclusão da prova. Também na França não há exclusão dessas provas por não estarem incluídas na instrução processual.

No mesmo sentido, o precedente *Shrenk* do TEDH admitiu a prova (supostamente) ilícita praticada por particular, e afirmou que tal situação não violava o *fair trial*⁶⁴⁷.

Diferentemente, o STF não admite relativização quando se trata de prova ilícita produzida por particular. No julgamento do HC 80.948⁶⁴⁸, o STF inadmitiu interceptação telefônica realizada por particular, tendo o Min. Celso de Mello, em voto separado, expressamente consignado a inadmissibilidade da prova ilícita independentemente da circunstância de sua produção ter sido realizada por particular ou por agente público. Nesse caso, o STF determinou o trancamento de inquérito policial instaurado com base em requisição do MPF, a qual tinha por sustentação apenas uma interceptação telefônica realizada sem autorização judicial. O delito de corrupção foi supostamente praticado por Conselheiro de Tribunal de Contas, que cobrava, em tese, porcentagem sobre a realização de contrato público.

Essa solução dada pelo STF não é condizente com os princípios que norteiam o processo penal. Primeiramente, o acórdão não explicitou se a gravação fora realizada pelo próprio interlocutor ou por terceiro. Caso realizada pelo próprio interlocutor, não devia ser considerada

⁶⁴⁵ BRASIL. STF, 2. T., HC 74.197/RS, rel. Min. Francisco Rezek, j. 26 nov. 1996, DJU 25 abr. 1997, p. 15200, Ementário v. 1866-02, p. 574.

⁶⁴⁶ *Supra*, subseções 3.2.3 e 3.3. 2.

⁶⁴⁷ *Supra*, subseção 3.3.1.

⁶⁴⁸ BRASIL. STF, 2. T., HC 80.948/ES, rel. Min. Néri da Silveira, j. 07 ago. 2001, DJU 19 dez. 2001, p. 4, Ementário v. 2054-02, p. 309. Registre-se que o relatório deste precedente não é incisivo ao esclarecer se a situação configurava gravação do próprio interlocutor ou interceptação de terceiro. As circunstâncias eram indicativas de que o interlocutor que recebia os pedidos de propina realizou as gravações, mas tal circunstância apenas seria esclarecida no curso da investigação, que foi sumariamente trancada pelo STF. A prova do delito era clara no diálogo de Conselheiro do Tribunal de Contas solicitando propina — o que induz um questionamento sobre a seletividade do sistema de justiça criminal.

qualquer ilicitude: uma análise de difícil realização em sede sumária de *habeas corpus*. Segundo, ainda que realizada por terceiro particular, não deve contaminar todo o procedimento de investigação. Ao menos, essa informação deve servir de justa causa para o início das investigações, permitindo a descoberta de outras provas válidas.

No mesmo sentido foi a decisão monocrática proferida no RE 251.445 pelo Min. Celso de Melo⁶⁴⁹. Nessa decisão, um dentista praticou relação sexual com crianças e adolescentes, tendo documentado tais relações com fotografias, e as guardado em um cofre em seu consultório. Após, os menores ingressaram em seu consultório e furtaram as fotos, com a intenção de solicitar vantagem indevida (ato infracional equiparado à extorsão). Diante do ocorrido, o dentista comunicou os fatos à polícia, que apreendeu as fotos em poder dos menores. Iniciou-se uma investigação, que identificou as vítimas, colheu seus depoimentos e confirmou os fatos. O dentista foi acusado dos delitos de estupro, atentado violento ao pudor e o delito do art. 241 da Lei n. 8.069/90 (produzir fotografia com pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo criança ou adolescente), dos quais foi condenado. Em apelação, o TJ/GO absolveu o acusado do delito do art. 241 da Lei n. 8.069/90, por entender que, em relação a este, a única prova existente eram as fotos, que eram prova ilícita. O MP/GO interpôs recurso extraordinário contra essa absolvição, tendo o i. Min. Celso de Mello negado provimento ao recurso monocraticamente ao argumento de que a prova era ilícita, pois fora originalmente obtida em violação à privacidade e ao domicílio do acusado. Esse precedente tem a peculiaridade de que a prova foi inicialmente obtida com a finalidade de realizar uma chantagem (extorsão)⁶⁵⁰.

Afirma Oliva Santos que, se a garantia da inadmissibilidade é destinada a dissuadir a violação do direito, não há qualquer utilidade na inadmissibilidade da prova em favor de quem não possui nenhuma relação com a violação ilícita:

⁶⁴⁹ BRASIL. STF, RE 251.445/GO, Min. Celso de Melo (decisão monocrática), DJU 03 ago. 2000, Informativo STF n. 197.

⁶⁵⁰ Segundo Muñoz Conde o art. 171.3 do Código Penal espanhol estabelece que caso a vítima da extorsão denuncie o chantagista (que possui provas de que esse cometeu crime), o MP pode não denunciar o chantagiado pelo crime se este possui pena inferior a dois anos, ou pode o juiz diminuir a pena da vítima da extorsão (atenuante). MUÑOZ CONDE, Francisco. *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 91-92. Todavia, registra sua posição de que, quando o particular produz uma gravação audiovisual com a finalidade de extorsão, portanto sem justa causa, tal prova não deve, a princípio, ser admitida (todavia, cita exemplos de situações nas quais a prova não transmitia certeza sobre a infração — portanto, não tinha o requisito da adequação probatória): v. *ibidem*, p. 105-110.

a metáfora da 'árvore envenenada' e seus 'frutos' é apenas isso, uma metáfora. E, para seguir com ela, diria que esses 'frutos' são perfeitamente digeríveis e aproveitáveis para quem não tenha envenenado a 'árvore'. Trasladar os termos da metáfora, absolutizados, ao plano da realidade e, em concreto, da prova, consistiria uma arbitrária sacralização⁶⁵¹.

Entre nós, em sentido semelhante, afirma Pacelli de Oliveira que "o controle da atuação estatal, para o fim de se evitar a prática de excessos e abusos de poder, constitui o núcleo normativo do modelo de procedimento público e institui-se como um marco hermenêutico dos princípios do processo penal"⁶⁵², concluindo pela admissibilidade das provas ilícitas quando obtidas por particulares.

As decisões do STF acima referidas revelam uma hipertrofia da garantia da inadmissibilidade, dissociada de seu teleologismo racional. O Estado não cometeu qualquer arbitrariedade nesses casos. Ao contrário, no último precedente citado, foi o próprio acusado quem comunicou os fatos à autoridade policial, que, a partir daí, iniciou as investigações. Não há adequação na restrição ao direito à prova, decorrente do princípio da proteção do sistema de direitos fundamentais, pois a teleologia do princípio da inadmissibilidade é fomentar o efeito dissuasório de reiterações das violações, estando especialmente direcionado às autoridades públicas. Ainda que, *ad argumentandum*, se superasse a adequação, certamente a proporcionalidade em sentido estrito justifica a admissão da prova diante da ponderação de um efeito dissuasório capenga e a proteção penal de crimes mais graves. A ausência de adequação e de proporção torna a restrição injustificável diante do princípio da proporcionalidade e permite afirmar que na situação de provas produzidas por particulares, há uma relação de precedência condicionada *prima facie* do princípio da proteção penal frente o princípio da inadmissibilidade. Entender de forma diversa implica negligenciar a realidade, a lógica e o senso comum de justiça.

Uma questão que se coloca é se a origem do meio de prova não é esclarecida ao juízo. Há precedente antigo do STF entendendo que tal situação viola o princípio da ampla defesa, por impossibilitar a impugnação do meio de prova⁶⁵³. Acolher de forma incondicional tal exceção também possibilita que a polícia realize a diligência ilícita e afirme que um particular anônimo entregou a prova à polícia. Sobre o problema de saber se a ilicitude foi praticada por um

⁶⁵¹ OLIVA SANTOS. *Op. cit.*, p. 10.

⁶⁵² OLIVEIRA, E. P. *Processo e hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 199.

⁶⁵³ BRASIL. STF, 2. T., RHC 63.834/SP, rel. Min. Aldir Passarinho, j. 18 dez. 1986, DJU 05 jun. 1987, p. 11.112, Ementário v. 1464-01, p. 90.

particular ou pela polícia, afirma Oliva Santos que o juiz deve ter “o poder de resolver acerca da eficácia ou ineficácia dos instrumentos de prova segundo um juízo de probabilidade maior de ausência ou de existência de protagonismo na ilicitude da obtenção desses instrumentos”⁶⁵⁴.

Outro ponto a ser considerado é o valor probatório de tais diligências, já que por não serem produzidas em juízo, pode surgir dúvidas quanto sua integridade e autenticidade, o que deve ser solucionado em mediante perícia técnica e avaliado de forma motivada na decisão judicial, de acordo com a persuasão racional. Muñoz Conde cita o caso espanhol conhecido como "pai coragem": ocorreu um assalto em um posto de gasolina, sendo morto a facadas o frentista; as investigações foram arquivadas por falta de provas; o pai da vítima, inconformado, passou a investigar os fatos e realizou gravações de conversas suas com terceiros que incriminavam os suspeitos; o juízo de primeiro grau entendeu que tais provas não poderiam ser admitidas pela ausência das garantias de integridade e autenticidade; o Tribunal Superior espanhol, na STS de 6 de julho de 2000, admitiu a prova, ao argumento de que a vítima possui justa causa para investigar o crime, o que exclui a ilicitude de sua atuação.

Finalmente, deve-se analisar o problema da eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁶⁵⁵: o Estado também possui o dever de proteção dos cidadãos contra as lesões a seus direitos fundamentais praticadas por outros particulares. Todavia, em relação ao princípio da inadmissibilidade, há que se avaliar sua aptidão (adequação) para realizar esse fim. Apenas em situações nas quais o particular violador possui uma predisposição de reiteração de violações (de forma similar às autoridades policiais) se pode vislumbrar um possível efeito dissuasório efetivo. Por exemplo, a investigação jornalística, os detetives particulares ou, no cível, as grandes empresas (como as companhias de seguro). Mas também deve-se ponderar os demais princípios em colisão. No caso da investigação jornalística, está em colisão o princípio da liberdade de imprensa e do interesse público na elucidação de fatos graves⁶⁵⁶, e nas investigações realizadas por detetives particulares o interesse da vítima na elucidação do crime ⁶⁵⁷. Especificamente em

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 11.

⁶⁵⁵ *Supra*, item 1.4.1.2.

⁶⁵⁶ Como lembra Anyfantis, interesse público é diverso de interesse do público, este sim motivado pelo sensacionalismo; perante o primeiro seria admissível a utilização das gravações sub-reptícias de imagens feitas pela imprensa. V. ANYFANTIS, Spiridion Nicofotis. *Da captação de imagens como prova no processo penal*. 2004, 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2004, f. 145-157.

⁶⁵⁷ Afirma Muñoz Conde: "Nesse âmbito devem ser admitidos e valorados no caso, como prova, também as gravações que possam realizar detetives privados, encarregados por um particular de investigar a quem possa

relação ao reconhecimento da existência do princípio da liberdade de imprensa e do interesse público na elucidação de delitos, não se afasta a necessidade efetiva de se ponderar caso a caso os interesses em colisão, afastando eventuais violações abusivas da privacidade alheia realizadas pela imprensa investigativa. Todavia, afora essas situações de possível reiteração de condutas particulares na obtenção da prova, não há efeito dissuasório para provas produzidas por particulares e a proporcionalidade (ausência de adequação) não justifica a restrição ao direito à prova.

Uma solução parcial do problema é dada pelo STF ao admitir a gravação do diálogo pelo próprio interlocutor⁶⁵⁸, o que deve abranger a maioria das situações de provas produzidas por particulares. O problema permanece para as situações de interceptação de comunicações em sentido estrito de comunicações e de violações ao domicílio (casos mais freqüentes de possíveis provas produzidas por particulares). Para essas situações, tratando-se de particulares que reiteradamente praticam investigações, deve-se reconhecer um efeito dissuasório tênue que, se aliado a uma gravidade da infração realizada pelo particular, poderá justificar a aplicação do princípio da inadmissibilidade⁶⁵⁹. Para as demais situações, há uma preferência condicionada *prima facie* do direito à prova sobre a garantia da inadmissibilidade, especialmente se a gravidade do crime a ser provado favorece o princípio da proteção penal eficiente.

O exemplo é a hipótese de uma pessoa que realiza constantemente filmagens sobre o apartamento de seu vizinho do prédio em frente (violando sua privacidade⁶⁶⁰) e que acaba descobrindo que tal pessoa costuma praticar sevícias em sua filha, menor impúbere. Em tal situação, a prova apta a demonstrar a culpa (adequação), será a única possível (necessidade), e o valor de proteção da dignidade da pessoa humana estará nitidamente inclinado a proteger a adolescente contra as sevícias de seu genitor (proporcionalidade em sentido estrito). Por outro lado, a restrição ao direito à prova não é adequada, pois o particular não é um investigador

estar cometendo algum crime contra seus interesses (cf. STS de 28 de outubro de 2003, antes citada)". MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, p. 85, tradução nossa, grifo do autor.

⁶⁵⁸ V. subseção 4.3.1, *supra*.

⁶⁵⁹ Em sentido contrário, advogando a inadmissibilidade das provas proibidas realizadas por particulares: COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 196 *et seq.* Registre-se que Costa Andrade se baseia, em grande parte, em decisões antigas do TFC alemão, que consideravam inadmissíveis as gravações clandestinas de conversas entre particulares, situação já superada pelo nosso STF e pela própria jurisprudência alemã; v. ROXIN. *Op. cit.*, p. 206. GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, §§ 99-100.

⁶⁶⁰ Essa conduta é prevista como crime em vários países (*e.g.*, o art. 197 do Código Penal espanhol). No Brasil, a violação abusiva da intimidade não possui um regramento penal claro.

habitual, e, ainda que o fosse, o valor da proteção penal é, *in casu*, mais relevante. Permitir que o pai continue praticando as agressões contra a filha viola frontalmente o sistema de valores fundamentais consagrado na Constituição, devendo o processo penal estar direcionado à concretização de sua proteção.

Finalmente, um problema sério que se apresenta nessa análise é a jurisprudência do STF que determina o trancamento de investigação criminal em andamento que se iniciou com base nas informações decorrentes de provas supostamente ilícitas produzidas por particulares⁶⁶¹. Primeiro, porque essa jurisprudência impede que se esclareça no curso das investigações se uma gravação, foi fruto de interceptação ou foi mera gravação do interlocutor, que torna lícita a prova. Ademais, ainda que se considere eventual inadmissibilidade da prova produzida por particulares (o que não se defende aqui como regra), uma aplicação sensata de proporcionalidade há de admitir, ao menos, as informações advindas da prova do particular como *notitia criminis* para permitir o início de uma investigação legítima. Finalmente, tais decisões não levam em conta a possibilidade de descoberta inevitável de outras provas⁶⁶². Vedar todo e qualquer esclarecimento dos fatos é ignorar a verdade e fazer tábula rasa da justiça, à custa de um efeito dissuasório inexistente.

4.3.6 Violação de direitos de terceiros (o requisito da legitimidade)

No direito estadunidense, a *standing for motion to suppress* limita a exclusão da prova ilícita quando se trata de violação de direitos de terceiros que não o investigado. Também no direito alemão, a teoria das esferas jurídicas (*Rechtskreistheorie*) estabelece que as violações de direitos de terceiros permitem uma relativização da proibição de prova.

⁶⁶¹ Neste sentido: “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. 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. *Habeas corpus* deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita”; BRASIL. STF, 2. T., HC 80.948/ES, rel. Min. Néri da Silveira, j. 07 ago. 2001, DJU 19 dez. 2001, p. 4, Ementário v. 2054-02, p. 309.

⁶⁶² Registre-se que há precedente do STF entendendo que seria prematuro determinar o trancamento de inquérito policial apenas com base na alegação de que há uma prova ilícita em seu bojo, que contaminaria as demais aplicando-se a teoria dos frutos da árvore envenenada, pela possibilidade de prova independente: STF, 1. T., HC 80.949/RJ rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30 out. 2001, DJU 14 dez. 2001, p. 26, Ementário v. 2053-06, p. 1145, RTJ 180:1001. Este entendimento de impossibilidade de trancamento sumário de inquérito policial foi reiterado pelo STJ. Ver STJ, 5. T., RHC 17.379/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, j. 14 fev. 2006, DJU 06 mar. 2006, p. 416.

No Brasil, a jurisprudência do STF não distingue entre violações a direitos do próprio acusado ou de terceiros: ambas ensejam a exclusão probatória.

O primeiro ponto a analisar sobre esse tópico é que a violação a direitos de terceiros, a princípio, não lesiona o *fair trial*, pois não há violação a um direito do próprio acusado. Aqui, o problema reside na violação ao efeito dissuasório geral: permitir de forma indiscriminada a admissão de provas violadoras de direitos de terceiros implica, indiretamente, estimular as condutas policiais de violações se o direito não for do acusado.

Um segundo ponto se refere a uma possível justificção das limitações de exclusão no direito estadunidense. As limitações estadunidenses sobre a legitimidade para o requerimento de exclusão da prova ilícita têm aplicabilidade limitada perante o sistema constitucional brasileiro, diante da redação ampla do art. 5º, LVI, da CF/88. Nos EUA, a limitação da legitimidade para requerer a exclusão e a exceção de impugnação da confissão mendaz (*impeachment exception*) são respostas a problemas de excesso de formalismo em determinados enfoques da privacidade do direito estadunidense, como um excesso de rigor na conceituação da justa causa para a realização de uma revista pessoal, ou ainda na inexistência da possibilidade de violação do domicílio na situação de flagrante delito por posse de entorpecentes. Considerando que perante a legislação brasileira a mera posse de entorpecentes ou armas constitui crime permanente, a maioria dos problemas de desproporcionalidade, que nos EUA são resolvidos com o recurso da ausência de legitimidade para requerer a exclusão da prova, são facilmente solucionados no sistema brasileiro como situações de ausência de ilicitude ante a expressa permissão constitucional de violação do domicílio.

A situação do caso *Segura v. United States* (1984), no qual policiais primeiro violaram o domicílio para posteriormente solicitar a autorização judicial, não necessita, no direito brasileiro, de construções mais sofisticadas para validar a prova, já que a mera posse de materiais destinados à produção de entorpecentes, ou os próprios entorpecentes, já configuram crime consumado, cuja situação de flagrância permanente permite a ação policial independentemente de mandado.

Ademais, como lembra Luca, no sistema da *common law* a tradição do *adversary system* tem acentuado uma base cultural para um processo dialético movido em grande

parte pela sensibilidade conflitual das partes no jogo verbal, o que justifica em parte as limitações de legitimidade para requerer a exclusão da prova⁶⁶³.

Todavia, ainda assim é possível retirar um critério dessas limitações: se a violação de direitos de terceiros não viola diretamente a esfera de direitos do acusado, e portanto não macula seu *fair trial*, é possível que, aliado a outros critérios (como a violação por particulares, ou a especial gravidade da infração) venha contribuir para flexibilizar a garantia da inadmissibilidade em situações mais extremas.

Por exemplo, em relação aos diversos privilégios de não testemunhar, partindo-se da premissa que possuem natureza pessoal, é possível concluir que apenas seu titular pode invocar sua não-utilização, não havendo um direito subjetivo do acusado ao exercício do privilégio pela testemunha.

No mesmo sentido, Gössel admite que os direitos à obtenção da sentença e à valoração das provas se referem a pessoas determinadas e, portanto, não devem ser julgados absolutamente, desprendidos dos participantes do procedimento afetados concretamente. Conclui que "a valoração das provas não está proibida de maneira abstrata, mas apenas para desvantagem de um certo participante do procedimento: geralmente o acusado"⁶⁶⁴, acentuando, portanto, os méritos da teoria do âmbito jurídico.

4.3.7 *Erro inócuo*

Nos EUA, a *harmless error exception* permite a admissão de provas que não violem disposições estruturais do processo. Na Alemanha, a própria maleabilidade do sistema, ao permitir em situações de urgência a decisão sobre a produção da prova pelas autoridades policiais ou pelo Ministério Público, relativiza o rigor das disposições formais. Também na Espanha há diferenciação entre ilicitude e nulidade a permitir a avaliação de provas com nulidades meramente relativas e sem prejuízo. Na França, essa diferença corresponde às nulidades textuais e nulidades substanciais e, na Itália, equívale à diferença entre nulidade e *inutilizzabilità*.

⁶⁶³ LUCA. *Op. cit.*, p. 200

⁶⁶⁴ GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, op. cit., § 154.

Segundo Luca, o grande risco da *inutilizzabilità* é a exasperação do aspecto meramente lúdico, ritualístico ou cerimonial na produção da prova⁶⁶⁵. Nesse sentido, Martí Sánchez advoga um reequilíbrio dos interesses da sociedade e da vítima, para que se entenda como inadmissíveis apenas as provas obtidas de forma inquisitiva, como a confissão sob tortura e outras técnicas ofensivas à dignidade humana⁶⁶⁶.

Deve-se distinguir entre meios de prova totalmente vedados, como a confissão mediante tortura ou coação, e os meios de prova para os quais é exigido um procedimento constitucional qualificado para a violação do direito fundamental. Para o primeiro grupo é totalmente acertada a aplicação do argumento ético de que o Estado não pode ser receptor de material probatório ilícito. É o caso do interrogatório mediante tortura, narcoanálise, engano, a coação para participar de reconstituição e outros, para os quais não há possibilidade de admissão. Já para o segundo grupo, a questão é mais complexa, pois não se está diante de uma prova que não pode ser produzida em tese, mas da violação, em concreto, do procedimento para a produção da prova. A inobservância total do procedimento pela polícia gera, *prima facie*, a ilicitude. A observância parcial do procedimento, com uma mera irregularidade procedimental, gera sua eventual nulidade. Há que se diferenciar a ilicitude da mera nulidade, para permitir a consideração do prejuízo, da causalidade e da possibilidade de convalidação para a última. E, especialmente, porque não há contaminação por derivação de provas meramente nulas.

É o caso de uma autorização judicial para busca e apreensão domiciliar que, eventualmente, não tenha especificado com exatidão o local a realizar a diligência (endereço genérico) ou o objeto a apreender. Apesar de recomendáveis essas cautelas, a decretação da nulidade deve avaliar o conjunto de princípios em colisão para chegar a uma solução de eventual admissão ou exclusão da prova.

Esse critério do erro inócuo também deve ser analisado em conjunto com a gravidade do crime e outras peculiaridades do caso concreto. Assim, por exemplo, se uma busca e apreensão domiciliar com mandado judicial foi realizada às 21 horas, portanto sem observar o requisito constitucional de ser realizada durante o dia, porque havia fundadas suspeitas de que os

⁶⁶⁵ LUCA. *Op. cit.*, p. 191.

⁶⁶⁶ MARTÍ SÁNCHEZ, Nicolás. La llamada ‘prueba ilícita’ y sus consecuencias procesales. *Actualidad penal*, n. 7, 16-22 feb. 1998, *apud* URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO. *Op. cit.*, p. 66.

investigados estavam destruindo as provas de um crime extremamente grave (urgência, gravidade do crime e erro inócuo), tal diligência não deve ser julgada ilícita.

As situações de violação de direitos que não possuem respaldo constitucional e apenas de forma mediata podem ser incluídos em uma proteção genérica decorrente da privacidade devem permitir maior relativização frente ao direito à prova e ao dever de proteção penal. Sua violação não gera a ilicitude da prova, mas apenas e eventualmente a nulidade, a depender da observância dos critérios de prejuízo e convalidação. E caso a lei estabeleça uma cominação de nulidade que não seja respaldada pelos critérios de proporcionalidade (adequação, necessidade e ponderação) deverá ser realizada uma interpretação conforme a Constituição para imprimir o sentido que favoreça a realização daqueles mandamentos constitucionais de proteção ou, caso esta não seja possível, deverá ser reconhecida a inconstitucionalidade da restrição.

Nesses casos, a gravidade da lesão e a consciência (dolo) da violação são elementos chaves para a ponderação sobre a necessidade do sacrifício da prova ante o efeito dissuasório. A ponderação de interesses deve atentar para a intensidade da eventual ofensa aos princípios em conflito no plano concreto e seu respectivo peso abstrato. Há que coibir o abuso, não o erro inócuo.

4.3.8 Gravidade do crime

Como visto no capítulo anterior, há um grande número de exceções em todos os países que permite, diante de casos mais graves, a relativização das proibições de prova. Nos EUA, as exceções de boa-fé, de *impeachment*, de erro inócuo e a ausência de legitimidade para requerer a exclusão quando se trata de violação de direitos de terceiros limitam muito o alcance da regra de exclusão. Na Alemanha a teoria das esferas jurídicas, a teoria dos três degraus e o princípio da proporcionalidade tendem a avaliar uma prova, ainda que formalmente ilícita, levando em conta os interesses de funcionalidade da justiça criminal para crimes graves. Na Espanha, a jurisprudência do Tribunal Constitucional, a partir da STC 81/98, passou a expressamente consignar que a admissibilidade da prova passava pela avaliação conjunta da relevância do resultado obtido (adequação), da eficácia dissuasória sobre os poderes públicos que possa ter tal transgressão (necessidade) e da gravidade da violação (proporcionalidade)⁶⁶⁷.

⁶⁶⁷ V., respectivamente, subseções 3.2.4, 3.3.2, e item 3.4.3.1, todos *supra*.

No Brasil, o STF afirma categoricamente que é inadmissível a utilização do princípio da proporcionalidade para considerar a gravidade do crime como critério de ponderação sobre a admissão de uma prova obtida por meio ilícito. Ver decisão:

Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação⁶⁶⁸.

Nesse processo a polícia recebeu delação apócrifa noticiando a ação de quadrilha internacional de contrabando de armas de guerra para traficantes de drogas no Rio de Janeiro dominarem suas áreas (morros). A polícia realizou uma busca domiciliar sem autorização judicial e apreendeu documentos comprovando a contabilidade da aquisição de equipamentos bélicos. Feito o interrogatório da moradora, ela confirmou sua participação na aquisição de armas a mando de traficantes e indicou um dos organizadores da quadrilha, tendo a polícia "detido-o" sem situação de flagrância e sem autorização judicial (portanto, de forma indevida). Os policiais "conversaram" com o componente da quadrilha, gravando o diálogo, tendo o investigado revelado detalhes do procedimento da quadrilha e nomeado demais envolvidos. Ocorre que essa "conversa informal" com o investigado foi realizada nas dependências da delegacia, sem conhecimento do investigado e sem sua respectiva autorização. O STF entendeu que tal gravação violou o procedimento do interrogatório, bem como o privilégio contra auto-incriminação. Também nesse procedimento, a polícia afirmou que o investigado se comprometeu a colaborar com as investigações e realizou uma ligação telefônica para o organizador da quadrilha, no exterior, tendo a polícia gravado a conversa com a autorização do investigado (quando este ainda estava preso). O STF entendeu que a "interceptação" da conversa telefônica com a autorização de um dos participantes (escuta) também era prova ilícita, determinando o desentranhamento das fitas de gravação, suas degravações e dos depoimentos dos agentes de polícia sobre tais gravações.

⁶⁶⁸ BRASIL. STF, 1. T., HC 80.949/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30 out. 2001, DJU 14 dez. 2001, p. 26, Ementário v. 2053-06, p. 1145, RTJ 180:1001.

Tal como no precedente das fotos de pedofilia subtraídas por particular⁶⁶⁹, o STF também não admitiu a prova mesmo diante da gravidade do crime. Entretanto, no julgamento do HC 70.814, aplicou a proporcionalidade ao admitir que a administração carcerária interceptasse a correspondência de preso que determinava, do interior do presídio, a prática de crime⁶⁷⁰.

O STJ possui precedentes, da relatora do Min. Adhemar Maciel, aplicando o princípio da proporcionalidade para admitir a validade de interceptação telefônica, autorizada por juiz, antes do advento da lei regulamentadora, em circunstância na qual o investigado estava preso e continuava determinando o cometimento de ilícitos por telefone. Conferir:

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 desentranhar **prova** (decodificação de fita magnética) feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5. da Constituição, que fala que '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. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (*reasonableness*). O 'princípio da exclusão das **provas** ilicitamente obtidas' (*exclusionary rule*) também lá pede temperamentos. Recurso Ordinário improvido⁶⁷¹.

Na doutrina, há divisão sobre o tema, sendo crescente o número de estudos tendentes à admissão do princípio da proporcionalidade para a mitigação do rigor da norma constitucional⁶⁷².

⁶⁶⁹ V. BRASIL. RE 251.445/GO, comentado *supra*, subseção 4.3.5.

⁶⁷⁰ BRASIL. STF, 1. T., HC 70.814/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 1 mar. 1994, DJU 24 jun. 1994, p. 16649, RTJ v. 176, p. 1136, já comentado na seção 2.4 e subseção 4.3.1, *supra*.

⁶⁷¹ BRASIL. STJ, 6. T., RMS 6.129/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 06 fev. 1996, DJU 12 ago. 1996, RSTJ 90:364. No mesmo sentido, do mesmo relator: BRASIL. STJ, 6. T., HC 3.982/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 05 dez. 1995, DJU 26 fev. 1996, p. 4.084, RSTJ 82:312. BRASIL. STJ, 6. T., HC 4.138/RJ, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 05 mar. 1996, DJU 27 maio 1996.

⁶⁷² Nesse sentido: GRINOVER; SCARANCA FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades...*, *op. cit.*, p. 160-1. MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, *op. cit.*, p. 104-7. AVOLIO. *Op. cit.*, p. 150-3. SILVA, C. D. M. *Op. cit.*, p. 21-22. CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000, *passim*. BARBOSA MOREIRA. *Op. cit.*, p. 13-27. TUCCI. *Direitos e garantias individuais...*, *op. cit.*, p. 203-6. ARANHA. *Op. cit.*, p. 64. PEDROSO. *Op. cit.*, p. 178. SCARANCA FERNANDES. *Processo penal constitucional*, *op. cit.*, p. 95. FERNANDES, André Dias. A inadmissibilidade de provas ilícitas e a suposta inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade na visão do STF. *Repertório de jurisprudência IOB*, n. 15, caderno 3, p. 408-415, 1. quinzena ago. 2002.

Um primeiro ponto a analisar na equação de proporcionalidade é a possibilidade de vislumbrar situações nas quais, mesmo havendo uma seriedade do crime investigado, não será admissível a prova: no interrogatório mediante tortura ou outros métodos abusivos da intimidade. A tortura é o que de mais primitivo pode existir na persecução penal. Como afirma Goulart, “a tortura viola o ser humano em todos os seus aspectos – moral, psicológico, físico – e, muitas vezes, deixa seqüelas e traumas profundos, causando intenso sofrimento”⁶⁷³, bem como há, não raro, risco de morte em seu emprego. Conclui, não ser possível a aplicação do princípio da proporcionalidade para tornar admissível uma prova obtida mediante tortura, seja a favor da acusação ou do réu. Além de lesionar o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, a tortura viola diretamente o *fair trial*, ao anular a paridade de armas mediante a instrumentalização do investigado, bem como não permitir a certeza sobre a veracidade da informação prestada sob tortura (ante a angústia de livrar-se dos suplícios⁶⁷⁴). Portanto, além de uma limitação probatória de natureza política no grau máximo (dissuadir essa violação), também é uma restrição processual epistemológica que anula a verossimilhança da informação transmitida pelo meio de prova.

A gravidade do crime investigado não pode justificar barbáries na persecução.

Segundo Valiante:

A gravidade do crime investigado ou em julgamento não pode autorizar a adoção de meios repressivos que repugnam a consciência de país democrático, violando a dignidade da pessoa humana, reduzindo o valor da liberdade e da igualdade, e levando o Estado à imoral competição com os criminosos na prática da violência, em atos de desumanidade⁶⁷⁵.

Portanto, a agressão direta àqueles valores imediatamente ligados à dignidade da pessoa, como sua integridade física e sua liberdade de autodeterminação, não estão sujeitos à ponderação de interesses. Ou melhor: fatalmente a ponderação será favorável à necessidade de proteção desses valores mais caros. Violam a justiça intrínseca do julgamento e as cautelas necessárias para aferir a autenticidade do material probatório colhido.

⁶⁷³ GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 112.

⁶⁷⁴ Analisando a fragilidade da confissão mediante tortura, à luz da psicologia judiciária: BARANDIER, Márcio Gaspar. A prova ilícita no processo penal: breves comentários. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo: RT, ano 1, n. 2, p. 73-76, abr.-jun. 1993.

⁶⁷⁵ VALIANTE. *Il nuovo processo penale: processo per l'uomo*. Milão: [s.n.], 1975, p. 45, *apud* TUCCI. *Direitos e garantias individuais...*, *op. cit.*, p. 71.

Alerta Geraldo Prado que "quanto mais grave a infração penal e mais convencido o investigador a respeito da procedência da sua suspeita, maiores são as chances de não ser rigoroso quanto à obediência dos direitos fundamentais do indiciado"⁶⁷⁶. Por isso, afirma Hassemer que é justamente nos casos mais graves que é necessária a afirmação da indisponibilidade da dignidade humana, através da proibição de tortura⁶⁷⁷. Mas entre a tortura e mera irregularidade há um leque de vícios que colocam o intérprete numa árdua atividade hermenêutica, especialmente diante da gravidade do crime. Cumpre avançar nessa análise.

Afirma Rogall, comentando a teoria da ponderação em relação às proibições de prova, que:

[...] pertence às premissas desta doutrina que a ponderação terá de proceder em termos concretizadores e globalizantes. Saber se a uma violação processual deve ou não reagir-se com a proibição de valoração é uma questão que só comporta uma resposta normativa, fazendo, nomeadamente, revelar o interesse concreto da perseguição penal, a gravidade da violação legal bem como a dignidade de tutela e a carência de tutela do interesse sacrificado⁶⁷⁸.

Assim, um segundo problema é estabelecer os critérios para a definição do que é um crime grave de acordo com uma política criminal orientada pelos direitos fundamentais. Gonzalez-Cuellar Serrano afirma que os critérios de proporcionalidade no processo penal não podem ser medidos em caráter geral, devendo ponderar-se as circunstâncias do caso concreto. Com base em doutrina alemã, aponta alguns indicadores da maior relevância da causa para avaliação na aplicação da proporcionalidade: a consequência jurídica do delito (dada pela pena abstrata), a importância da causa (gravidade do ilícito e perigo de reiteração de fatos análogos), o grau de imputação e o êxito previsível da medida⁶⁷⁹.

A gravidade do ilícito não deve ser medida apenas pela pena em abstrato ou pelo regime de cumprimento da pena, mas, de forma especial, pela análise da proximidade do bem jurídico tutelado com a dignidade da pessoa humana. Inúmeras são as situações nas quais a pena em abstrato ou o regime penitenciário são considerados pela lei como o parâmetro da proporcionalidade. Assim, *e.g.*, para o cabimento da prisão preventiva, afiançabilidade,

⁶⁷⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 132.

⁶⁷⁷ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p.213, nota 375.

⁶⁷⁸ *Apud* COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 100.

⁶⁷⁹ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO. *Op. cit.*, p. 251-282.

classificação como infração penal de menor potencial ofensivo, cabimento da suspensão condicional do processo e de outras medidas restritivas de direitos fundamentais, como a interceptação telefônica. Apesar de esse critério permitir maior segurança frente aos conceitos jurídicos indeterminados, o verdadeiro critério de proporcionalidade deve ser aferido por uma análise criminológica da gravidade da lesão para o sistema de direitos fundamentais. A questão é especialmente séria pois, infelizmente, há vários dispositivos do direito penal material que não observam estrita correspondência com a proporcionalidade na pena. *E.g.*, o furto qualificado pelo concurso de pessoas tem acréscimo de pena muito superior ao do roubo com a mesma circunstância (excesso), enquanto o abuso de autoridade é hoje tratado como infração penal de menor potencial ofensivo (insuficiência de proteção). Também no caso de tráfico de entorpecentes, há o tráfico do varejo e do atacado; há o menino da favela e o chefe da grande quadrilha. O processo penal não pode tratar situações diversas de forma idêntica. Assim, a gravidade da pena é um indicativo, mas não o fator definitivo⁶⁸⁰.

O critério de gravidade que se defende deve abrir uma comunicação entre o processo penal e a criminologia, criando uma teleologia sociológica do processo e permitindo que o processo penal seja concebido como instrumento de política criminal de proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, afirma Gössel que a metódica do tratamento das provas ilícitas deve ser realizada "em um trabalho processual em conjunto com a natureza da causa, o teor literal das normas, a sistemática jurídica e a política criminal"⁶⁸¹.

O ponto de partida para o conceito de crime grave deve emanar da própria Constituição: crimes hediondos, tráfico de entorpecentes, tortura, terrorismo, racismo e ação de grupos armados. Além desses, não se pode esquecer a criminalidade organizada e a que atinge a coletividade. Carnaúba propõe como crimes graves a justificar a admissibilidade de provas ilícitas os crimes contra o erário e de tráfico de entorpecentes⁶⁸². Em sentido semelhante, Scarance Fernandes procura classificar a criminalidade grave com os seguinte critérios:

⁶⁸⁰ Em sentido semelhante, sobre as hipóteses de cabimento da interceptação telefônica, defendendo que deve ser a gravidade concreta do crime a justificar a restrição: STRECK. *As interceptações telefônicas...*, *op. cit.*, p. 55-74. Em sentido contrário, Gonzalez-Cuellar Serrano advoga a primazia da pena em abstrato e das causas de aumento e diminuição da pena para consideração da proporcionalidade: GONZALEZ-CUELLAR SERRANO. *Op. cit.*, p. 256-261. De qualquer sorte, o conceito de gravidade não pode ser confundido meramente como "alarme social" ou "comoção pública", sob pena de tornar o processo instrumento de vindita social.

⁶⁸¹ GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, § 140.

⁶⁸² CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 32.

criminalidade violenta não organizada (homicídio, roubo, estupro); criminalidade que atinge a coletividade (induzimento a suicídio, golpes financeiros); e criminalidade organizada (máfias de tráfico internacional de entorpecentes, de tráfico de armas, mulheres e crianças)⁶⁸³. Reconhece Scarance Fernandes que, para tais delitos, há uma tendência de edição de diplomas legislativos estabelecendo um menor rigor para decretação de prisão cautelar e menores exigências para resguardo à intimidade na produção da prova⁶⁸⁴.

Além desses, há o terrorismo, também constitucionalmente diferenciado como delito mais grave equiparado aos hediondos (CF/88, art. 5º, XLII), mas que ainda não recebeu uma tipificação específica⁶⁸⁵. O terrorismo recebe tratamento diferenciado em praticamente todos os sistemas jurídicos estrangeiros⁶⁸⁶, ainda que, nos últimos anos, a paranóia do medo tenha proporcionado situações de terrorismo de Estado, com execuções sumárias de civis⁶⁸⁷, que colocam em cheque a própria lógica do Estado de Direito. Ainda assim, não se pode negligenciar que a impotência do Estado contemporâneo de proteger eficazmente seus cidadãos dessas novas formas de criminalidade (de conseqüências gravíssimas no caso do terrorismo) tem induzido uma mudança de paradigma sobre o próprio conceito de liberdade no Estado de Direito. Como lembra Sardinha:

Sendo inquestionável que o argüido tem hoje amplamente reconhecido os seus direitos, quer a nível constitucional, quer a nível processual penal, tal posição não pode, porém, constituir-se, em casos de grave lesão ou grave ameaça de lesão de todo o sistema de direitos fundamentais, como uma entrave ao exercício de uma eficaz justiça penal. Só desta maneira é que será possível encontrar o ponto de equilíbrio que deve existir em todo o processo penal democrático: defender a dignidade humana do argüido, sem deixar de defender os direitos fundamentais de todos os restantes membros da coletividade⁶⁸⁸.

Esse ponto de equilíbrio é o cerne de toda a problemática das provas ilícitas.

Como visto acima⁶⁸⁹, uma ponderação de interesses sobre a licitude probatória livre de quaisquer

⁶⁸³ SCARANCA FERNANDES. *Processo penal constitucional*, op. cit., p. 24.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 25.

⁶⁸⁵ Um possível enquadramento seria o art. 17 da Lei n. 7.170/83 (lei dos crimes contra a segurança nacional), mas com questionável possibilidade de aplicação dos dispositivos constitucionais restritivos.

⁶⁸⁶ Ver SARDINHA, José Miguel. *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, *passim*, especialmente p. 57-122.

⁶⁸⁷ Lembre-se do caso Jean Charles de Menezes, imigrante brasileiro executado sumariamente por forças especiais da polícia britânica no metrô de Londres, por ter sido confundido com um terrorista. V. verbete Jean Charles de Menezes na enciclopédia Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Jean_Charles_de_Menezes>. Acesso em: 23 dez. 2005.

⁶⁸⁸ SARDINHA. *Op. cit.*, p. 150.

⁶⁸⁹ Subseção 2.6.3, *supra*.

parâmetros, em casos de violações graves de direitos fundamentais, há de ser uma exceção ante o risco de esse processo incrementar a seletividade do processo de criminalização (ser aplicada apenas para o pequeno traficante do morro, e não para a quadrilha de golpes financeiros da Avenida Paulista). Na ponderação do efeito dissuasório e a gravidade do crime, não se pode perder de vista que a exceção não poderá comprometer o sistema de proteção dos direitos fundamentais. Como adverte Magalhães Gomes Filho, “conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional”⁶⁹⁰. Não pode haver tantas exceções que comprometam a existência da regra: a exceção exclusivamente decorrente da gravidade do delito há de ser excepcional, para confirmar a existência da regra. Como afirma Bobbio: “Se o desvio deve ser consentido somente se for justificado, significa que se tem por pressuposto que existam desvios não-justificáveis e enquanto tal, inadmissíveis”⁶⁹¹.

As exceções já levantadas anteriormente permitem fixar razoáveis parâmetros de avaliação que, aliados à consideração da gravidade do crime, permitem uma compatibilização do princípio da inadmissibilidade com os demais princípios em colisão. A situação de boa-fé dos órgãos de persecução, violação não cometida pelos órgãos públicos, violação de direitos de terceiros, erro inócuo, possibilidade de descontaminação, aliados à gravidade da infração, já permitem uma razoável flexibilização do rigor do princípio. Por outro lado, uma violação dolosa e grave de direitos fundamentais do investigado pela polícia, em relação à qual era possível a obediência aos parâmetros legais, para a qual o Estado de Direito deve fomentar uma política de dissuasão em decorrência do mandado de otimização do princípio da inadmissibilidade deve, *prima facie*, gerar a inadmissibilidade da prova. O princípio da legalidade, no sistema de justiça criminal, possui uma especial finalidade de limitar o arbítrio punitivo e legitimar as restrições penais⁶⁹², ainda que, como lembra Alexy, o próprio princípio da legalidade (o princípio formal da competência de decisão do legislador democraticamente legitimado) seja um mandado de otimização a permitir sua ponderação com os demais princípios em colisão, em situações mais extremas⁶⁹³. Portanto, não se devem fechar as portas do princípio da proporcionalidade para as

⁶⁹⁰ MAGALHÃES GOMES FILHO. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre (org.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 266.

⁶⁹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos*. Trad. Daniela Baccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 200.

⁶⁹² Neste sentido: GONZALEZ-CUELLAR SERRANO. *Op. cit.*, p. 69-72.

situações mais extremas, de forma que os casos de crimes excepcionalmente graves devem admitir maior relativização dos rigores para a exclusão da prova formalmente ilícita.

Afora todas as demais exceções já analisadas, que justificam a restrição ou a tornam desnecessária, vislumbram-se mais duas hipóteses que, aliadas à gravidade da infração, permitirão uma eventual relativização da garantia: o estado de necessidade justificante e a desnecessidade de efeito dissuasório complementar.

Na primeira situação, podem-se incluir as situações de urgência da prova, na qual a necessidade premente de salvar outro bem jurídico justifica a eventual restrição do direito. O exemplo seguinte, ainda que cerebrino, pode ilustrar a situação⁶⁹⁴: a polícia descobre que um grupo extremista instalou uma bomba no centro da cidade, que está prestes a explodir e matar várias pessoas; prende ilegalmente o suspeito (sem flagrante e sem ordem judicial) e, sem adverti-lo de seu direito constitucional ao silêncio, realiza seu interrogatório; o suspeito confessa sua participação na tentativa de cometer o ilícito e informa a efetiva localização da bomba; a polícia desloca-se até o local indicado, localiza a bomba e consegue desarmá-la. Indaga-se: foi correta a conduta da polícia? Formalmente a prisão foi ilegal e o interrogatório violou o privilégio contra a auto-incriminação. Entretanto, a situação de urgência da informação para salvar as vidas de cidadãos inocentes deve justificar a restrição. De outra forma, a polícia não poderia ter desarmado a bomba com base nas informações, o que conduz ao absurdo. Assim, se a informação é lícita para salvar a vida dos civis, por que também não pode ser utilizada na investigação criminal contra o investigado pela tentativa de homicídio coletivo? Caso se considere tal informação prova ilícita e se aplique a teoria dos frutos da árvore envenenada, toda a investigação subsequente seria considerada ilícita, o que atenta contra o princípio da proteção penal eficiente no caso concreto. O exemplo se agrava ao se considerar que o suspeito é membro ativo de um grupo extremista, havendo indícios de que, além desse episódio, poderá estar trabalhando em outros. Nesse caso, o estado de necessidade decorrente da urgência do ato de salvamento é causa

⁶⁹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1. ed., 3. reimpressão. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 454.

⁶⁹⁴ Exemplo inspirado no célebre caso discutido entre Baur, Smit e Cappelletti, em conferência da *International Association of Legal Science*, de 1971, em Florença; no caso discutido havia uma bomba atômica instalada no subsolo de Florença e a polícia descobrira a sua localização por meios ilícitos, ao qual Smit respondeu que a prova deveria ser utilizada para salvar as vidas das pessoas, mas não deveria ser utilizada para processar o criminoso, mesmo que se descobrisse que no dia seguinte esse possuía a intenção de destruir Veneza e Paris; v. GRINOVER. *Liberdades públicas...*, p. 112, nota 150.

de exclusão da antijuridicidade da respectiva informação obtida pelo ato, que deve ser considerada lícita⁶⁹⁵. O processo penal não pode fechar as portas para a prova nas situações extremas, sob pena de incorrer no que Demoro Hamilton denominou de autofagia do direito⁶⁹⁶. Segundo o Tribunal Constitucional Federal alemão — BVerfG, a exclusão da prova decorrente da violação do privilégio contra auto-incriminação deve ser o resultado de uma ponderação dos interesses contraditórios e não diretamente um resultado simplista de alegada violação à dignidade da pessoa⁶⁹⁷. Recordando as soluções propostas pelo sistema canadense, o que causa mais infâmia à administração da justiça (*bring the administration of justice into disrepute*): a exclusão ou a admissão da prova? Nas situações extremas, certamente sua exclusão. Essa deve ser uma das situações a que se referiu Grinover ao afirmar que deve ser reconhecida a possibilidade de utilização do princípio da proporcionalidade, “desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes, se inadmitida a prova ilicitamente colhida”⁶⁹⁸.

Na segunda situação, ainda que tenha ocorrido uma violação do direito, caso se comprove que houve uma punição efetiva e suficiente do violador na esfera penal, cível ou administrativa, deve ser possível a utilização processual da prova. A positivação da garantia constitucional da inadmissibilidade é uma descrença na capacidade de efeito dissuasório mediante formas alternativas (punição penal, civil ou administrativa). O princípio que informa a regra é a necessidade de proteger os direitos fundamentais. Nas situações de crimes graves, o efeito dissuasório complementar da proibição de prova vai cedendo espaço cada vez mais para o direito à prova. Assim, havendo uma inversão do ônus de comprovar a aplicação das medidas alternativas, é possível, em casos graves, afastar a ilicitude mediante a purificação da mácula. Tal situação é uma espécie de aplicação da pena como expiação do erro, no sentido hegeliano: a pena como negação da negação produz a estabilização mediante a reafirmação. Nessa situação, mantém-se intacto o princípio que propõe a proteção dos direitos fundamentais,

⁶⁹⁵ Em sentido contrário, Luiz Flávio Gomes entende que, caso se realize uma interceptação telefônica para salvar outro bem, não haverá o crime do art. 10 da Lei n. 9.296/96 pelo interceptador, pois a conduta foi praticada em estado de necessidade; todavia, Gomes não estende este estado de necessidade para justificar a prova; v. GOMES; CERVINI. *Interceptação telefônica...*, *op. cit.*, p. 119-120. Se a conduta é lícita diante do estado de necessidade frente ao crime, não há razão para entender que se tratou de prova ilícita.

⁶⁹⁶ HAMILTON. *Op. cit.*, p. 89-90.

⁶⁹⁷ GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, § 67.

⁶⁹⁸ GRINOVER. *As provas ilícitas na Constituição*, *op. cit.*, p. 24.

compatibilizando-o com o valor especialmente relevante da apuração das infrações mais graves⁶⁹⁹. A proporcionalidade não confere, nessa hipótese, licitude à violação, apenas soluciona a colisão afirmando que a restrição ao direito à prova não é necessária (subsidiariedade) pois há outra forma de dissuasão menos restritiva: a punição já efetivada. Nessa situação, caso a acusação queira utilizar-se da prova, deverá comprovar a efetiva punição do violador, podendo solicitar a suspensão do processo criminal até que se comprove essa punição.

Na primeira situação, a proporcionalidade justifica a conduta do agente violador e, portanto, torna lícita a informação obtida. Na segunda situação, a proporcionalidade reconhece que, apesar de ilícita a conduta do agente, a restrição ao direito à prova é excessiva (desnecessária) pois a finalidade constitucional do princípio da inadmissibilidade já foi alcançada por outros meios. Ainda assim, na segunda situação, procura-se preservar o princípio da proteção aos direitos fundamentais insculpido no art. 5º, LVI, da CF/88.

4.3.9 Outras hipóteses

Finalmente, à luz do princípio da proporcionalidade, deve-se concluir pela admissibilidade de provas cuja vedação não esteja expressamente prevista no texto constitucional, levando em conta a ponderação dos interesses contrapostos, tendo em vista a inexistência de sigilos absolutos e a existência de uma limitação implícita de todos os princípios fundamentais pelo princípio da proporcionalidade.

Por exemplo, o inciso XII do art. 5º da CF/88 aparentemente excepciona a admissibilidade de interceptação apenas da comunicação telefônica, nada mencionando sobre o sigilo das correspondências, comunicações telegráficas e de dados. Todavia, o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.296/96 permitiu a interceptação de fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Surgiu dúvida sobre a constitucionalidade desse dispositivo⁷⁰⁰. Não deve

⁶⁹⁹ Em sentido semelhante, reconhecendo que quando há aplicação da punição direta do infrator queda sem necessidade a aplicação da exclusão processual: OLIVA SANTOS. *Op. cit.*, p. 9.

⁷⁰⁰ Defendendo a inconstitucionalidade, por entender que o sigilo apenas poderia ser violado para as comunicações telefônicas: GRECO FILHO. *Interceptação telefônica...*, *op. cit.*, p. 9-13. MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, *op. cit.*, p. 125-126. GRINOVER; SCARANCA FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades...*, *op. cit.*, p. 217-8. Defendendo a inadmissibilidade de análise de dados em computador alheio: SCARANCA FERNANDES, Antonio. A lei de interceptação telefônica. In: PENTEADO, Jaques Camargo (org.). *Justiça penal: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: RT, 1997, p. 54. Em sentido contrário, admitindo a constitucionalidade do dispositivo: GOMES; CERVINI. *Interceptação telefônica...*, *op. cit.*, p. 112-115 e 171-176. MACHADO, Agapito. *Questões polêmicas de direito*. Belo Horizonte: Del Rey,

haver qualquer dúvida, pois se trata apenas de aplicação concreta pela lei do princípio da proporcionalidade, ao compatibilizar o princípio de proteção das comunicações com os demais princípios constitucionais, dentre os quais o da proteção penal. Ainda que não haja previsão expressa de restrição, o princípio da proporcionalidade implicitamente positivado justifica a restrição. Na realidade, a comunicação telefônica está mais protegida que as outras formas de comunicações, pois para ela a Constituição forneceu requisitos qualificados de restrição, enquanto para as demais a restrição decorre da regra geral de limitações iminentes implícitas. No mesmo sentido deve ser interpretada a possibilidade de análise de banco de dados informáticos armazenados em computador pessoal (parte final do mesmo dispositivo), como sendo documentos particulares arquivados aptos a ser apreendidos, periciados e avaliados, obedecidos os requisitos legais da apreensão domiciliar.

Comentando o art. 5º, XII, da CF/88, e criticando as interpretações literais, Ferraz Jr. afirma que a comunicação telefônica foi a única que exigiu regulamentação porque é a única que se caracteriza pela instantaneidade e, quando encerrada, não deixa vestígios. Em relação às demais formas de comunicação, a Constituição não exigiu regulamentação legal porque é possível, no interesse público, realizar investigações *a posteriori* sobre os vestígios da comunicação (carta guardada, registros de computador)⁷⁰¹. A Constituição impede a intromissão da comunicação, não o acesso aos dados armazenados.

Há necessidade de nova interpretação constitucional dos sigilos que não estão expressamente previstos na Constituição, como os sigilos bancário, fiscal e telefônico, para que o resguardo das informações perante intromissões de terceiros não seja obstáculo ao acesso desses dados pelos órgãos de persecução penal. A norma do art. 5º, X, da CF/88 há de ser lida como mandamento de proteção perante intromissões abusivas, não perante situações de necessidade para esclarecimento de infrações penais graves. O direito à intimidade não é absoluto e deve

1998, p. 93. Admitindo a validade da interceptação de dados, mas a inadmissibilidade de sua análise se armazenados em computador de forma estática, STRECK. *As interceptações telefônicas...*, *op. cit.*, p. 45-49. Ao contrário deste último, entendendo inconstitucional a interceptação de dados mas válida a análise de dados constantes de arquivos estanques de computador: AVOLIO. *Op. cit.*, p. 173-4. Como se vê, há dissídio doutrinário. A correta interpretação deve considerar os princípios fundamentais em colisão na licitude probatória, a possibilidade de limites iminentes ao texto constitucional, e a hexegese que não acarrete resultados concretos absurdos ou inconveniente ao convívio social.

⁷⁰¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista dos Tribunais*, cadernos de direito constitucional e ciência política, ano 1, p. 82-83, out.-dez. 1992.

ceder frente aos imperativos de investigação de crimes graves. Não há fundamento constitucional para a exigência de autorização judicial para o acesso às informações bancárias, fiscais e de extratos telefônicos para fins de investigação criminal. O art. 5º, X, da CF/88, não chega a tanto. Enquanto o crime organizado se agiliza na era da *internet* e da globalização, o Estado permanece lento e burocrático no acesso às informações que podem esclarecer as novas formas de criminalidade.

Na Europa, há uma tendência de flexibilização do sigilo bancário às autoridades de persecução penal⁷⁰². Ademais, a LC n. 105/01 não estabeleceu a necessidade de autorização judicial para a decretação de sua quebra em investigação criminal (conforme art. 1º, § 4º, que não exige seja decretado por juiz, implicitamente permitindo pelas autoridades a que a lei conferir tal poder), tanto que as autoridades administrativas têm o dever de comunicar, de ofício, a ocorrência de ilícitos penais (art. 1º, § 3º, IV) e é possível a requisição de dados diretamente pela Advocacia-Geral da União (art. 3º, § 3º). Especialmente em relação ao Ministério Público não deve haver restrição, já que a Constituição deu-lhe poder de requisição nos termos da lei complementar (CF/88, art. 129, VI) e a LC n. 75/93, em seu 8º, § 2º, estabeleceu a inoponibilidade de sigilo ao MP⁷⁰³.

No tocante ao sigilo fiscal, tendo o próprio contribuinte prestado as informações ao Estado, não há razões para, presentes indícios razoáveis da prática de ilícito e de necessidade (imprescindibilidade) de acesso aos dados, possam as agências estatais realizar uma comunicação desses dados. Privacidade contra o próprio Estado de dados constantes de arquivos públicos é uma contradição lógica. Assim, deve ser possível que um órgão do Estado (Polícia ou Ministério Público) requisite à Receita (Federal/Estadual) as informações relativas à contribuição fiscal, para fins de investigação de crimes, especialmente se tais informações são a materialidade do delito.

Além dessas situações, também é possível utilizar o princípio da proporcionalidade para admitir a interceptação telefônica para crimes apenados com detenção

⁷⁰² V. PENTEADO, Jacques de Camargo. O sigilo bancário e as provas ilícitas: breves notas. In: _____. *Justiça penal...*, *op. cit.*, p. 85.

⁷⁰³ Todavia, fica aqui apenas a crítica genérica, ante a limitação deste trabalho. Para uma crítica do sigilo bancário, v. CAVALCANTI, José Robalinho. *Sigilo bancário e controle penal diante da criminalidade da globalização: uma necessária reinterpretção constitucional*. 2005. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

(como o crime de ameaça⁷⁰⁴, ou para a macrocriminalidade⁷⁰⁵), desde que essa seja a única hipótese de prová-lo⁷⁰⁶.

O teste de proporcionalidade confere constitucionalidade à regulação de novos instrumentos probatórios, como a interceptação ambiental (Lei nº 9.034/95, art. 2º, IV, introduzido pela Lei n. 10.217/01)⁷⁰⁷, a delação premiada (Lei n. 9.807/99, art. 13 e 14 e Lei n. 10.409/02, art. 32, §§ 2º e 3º), e o agente infiltrado (Lei n. 9.034/95, art. 2º, V e Lei n. 10.409/02, art. 33, I), sempre guiados pela excepcionalidade das medidas (necessidade) e pela ponderação entre os interesses em colisão no processo penal, especialmente o respeito a seu substrato ético.

Uma leitura ampla dos interesses em colisão e da natureza acusatória do processo penal também deve legitimar a investigação direta realizada pelo Ministério Público, sem que se cogite no caso de ser prova ilícita, ante a compatibilização dos princípios da tutela penal eficiente, da titularidade exclusiva da ação, dos poderes implícitos, do controle externo da atividade policial, do sistema constitucional de freios e contrapesos, da máxima efetividade dos direitos fundamentais, e das inúmeras disposições infraconstitucionais que conferem legitimidade investigatória ao Ministério Público⁷⁰⁸.

Finalmente, deve-se reconhecer a possibilidade de admissão de meios de prova não previstos taxativamente, desde que respeitados os requisitos de proporcionalidade. Essa visão também coloca o processo penal diante de novas discussões como a eventual admissibilidade das testemunhas anônimas (e sua repercussão ante o princípio do contraditório), bem como a

⁷⁰⁴ NERY JR. *Op. cit.*, p. 243.

⁷⁰⁵ STRECK. *As interceptações telefônicas...*, *op. cit.*, p. 71-74

⁷⁰⁶ Avolio vai além, ao advogar a admissibilidade de interceptação para processos cautelares civis, em situações extremamente graves de ofensa à dignidade; v. AVOLIO. *Op. cit.*, p. 151-2. Todavia, deve-se considerar que, se a ofensa é realmente grave, provavelmente configurará ilícito penal.

⁷⁰⁷ Sobre a interceptação ambiental ainda falta maior detalhamento dos requisitos específicos para sua concessão, como a lista dos crimes que a admitem, requisitos de suspeita para justificar a medida, duração da diligência, exclusão de profissionais com direito a sigilo (salvo de suspeitos de participar do delito). Todavia, é possível aplicar por analogia os requisitos da Lei n. 9.296/96 (interceptação telefônica), suprindo a lacuna. Sobre o tema, e sua especial interligação com a lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana (já que o domicílio é o espaço mais íntimo de seu desenvolvimento) v. MUÑOZ CONDE. *Op. cit.*, *passim*. Também: URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO. *Op. cit.*, p. 296-306. Afirma Muñoz Conde que deve-se admitir a gravação ambiental sem autorização judicial, regra geral, quando realizada em local público no qual não há expectativa de privacidade, e quando realizada por particular em situação de legítima defesa, estado de necessidade ou com justa causa.

⁷⁰⁸ Para uma visão crítica dos argumentos relativos à investigação direta pelo Ministério Público, v. RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. STRECK, Lenio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. TUCCI, Rogerio Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004.

possibilidade de regramento legal das intervenções corporais, bem como seus requisitos e limites⁷⁰⁹.

4.4 Exceções às provas ilícitas por derivação

Como visto no cap. 3, a criação da teoria dos frutos da árvore envenenada é obra da jurisprudência da Corte Suprema estadunidense, ainda que esta tenha também construído várias exceções a essa teoria, como a fonte independente, descoberta inevitável, vício diluído, bem como esse sistema tenha várias restrições à exclusão da prova, como a possibilidade de impugnação de confissão mendaz e o requisito de legitimidade para requerer a exclusão. Pode-se inferir que lá vige uma regra de exclusão muito tênue para as provas derivadas. Na Alemanha, o entendimento majoritário não admite o efeito à distância entre a prova ilícita e sua derivada. Finalmente, na Espanha, apesar de a redação do art. 11.1 da LOPJ indicar que a inadmissibilidade das provas indiretas se refere às derivadas, há resistências doutrinárias à aceitação dessa interpretação e, de qualquer sorte, a STC 81/98 introduziu a denominada teoria da conexão de antijuridicidade que mitigou muito a aplicação da ilicitude por derivação.

No Brasil, o STF teve uma posição inicial oscilante sobre o tema das provas ilícitas. No julgamento do HC 69.912/RS⁷¹⁰, o Pleno do STF entendeu inaplicável a teoria dos frutos da árvore envenenada, tendo afirmado o Min. Moreira Alves em voto vogal que era preferível admitir a prova que assegurar a impunidade de organizações criminosas. Contudo, nesse julgamento participou o Min. Néri da Silveira, que posteriormente foi julgado impedido de

⁷⁰⁹ Segundo Gonzalez-Cuellar Serrano, é admissível que lei venha regulamentar as intervenções corporais que não sejam excessivamente intrusivas nem causem dor, reconhecendo a inadmissibilidade de coação para colaborações ativas mas admitindo as colaborações meramente passivas. V. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO. *Op. cit.*, p. 290-310. Afirma Gonzalez-Cuellar Serrano que “não é justificável, a nosso parecer, taxar as medidas de intervenção corporal de trato desumano ou degradante”: *ibidem*, p. 298. Nestas situações, há uma colisão dos princípios da dignidade da pessoa, da proteção à integridade física, do privilégio contra auto-incriminação e, do outro lado, da eficiência da proteção penal e do direito à prova. No Brasil, há regulamentação da revista pessoal (CPP, art. 244), do reconhecimento de pessoa (CPP, art. 226) e da identificação criminal datiloscópica e fotográfica (Lei n. 10.054/00), quedando sem regulamentação legal (e, portanto, ainda inadmissível) a extração coativa de sangue, corte de cabelo, e inspeções anais e vaginais, para fins de investigação criminal. Ainda assim, medidas intermediárias como um exame de raio X ou ecografia, absolutamente indolores, não intrusivos e de realização passiva, devem ser considerados válidos, *de lege lata*, ante o princípio da proporcionalidade, desde que obedecidos seus requisitos.

⁷¹⁰ BRASIL. STF, Pleno, HC 69.912/RS, rel. original Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, j. 30 jun. 1993, DJU 26 nov. 1993, p. 25532, Ementário v. 1727-02, p. 321.

participar; com a desconsideração do voto desfavorável desse Ministro, ocorreu um inusitado empate que favoreceu a defesa⁷¹¹. Nesse precedente, afirmou o Min. Sepúlveda Pertence:

[...] vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilícitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir, a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.

Portanto, a posição do total dos Ministros do STF ainda era de admissibilidade da prova ilícita por derivação.

Posteriormente, em decorrência de aposentadoria do Min. Paulo Brossard, o Min. Maurício Corrêa adotou a tese da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, tendo esse posicionamento logrado êxito no julgamento do HC 72.588/SP, que decidiu:

As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo⁷¹².

Essa tese foi acolhida em decisões posteriores e após tais precedentes a questão da admissibilidade da ilicitude por derivação não foi reexaminada pelo STF, de sorte que hoje a tese acolhida pelo Tribunal é a da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação⁷¹³.

Grinover, comentando o problema da ilicitude por derivação, reconhece que a Constituição brasileira não afasta radicalmente nenhuma tendência (de admissão ou exclusão das provas derivadas), já que “os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto [...]”, apesar de reconhecer que “na posição mais sensível às garantias da pessoa

⁷¹¹ Segundo julgamento: BRASIL. STF, Pleno, HC 69.912/RS, rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 16 dez. 1993, DJU 25 mar. 1994, p. 6012, Ementário v. 1738-01, p. 112, RTJ v. 155-02, p. 508.

⁷¹² BRASIL. STF, Pleno, HC 72.588/PB, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12 jun. 1996, DJU 04 ago. 2000, p. 3, Ementário v. 1998-2, p. 289, RTJ 174-02:491.

⁷¹³ Ver: BRASIL. STF, 1. T., HC 73.351/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 10 maio 1996, DJU 19 mar. 1999, p. 9, Ementário v. 1943-01, p. 7. Também: BRASIL. STF, 2. T., HC 73.510/SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 12 dez. 1997, p. 65.565, Ementário v. 01895-02, p. 289. BRASIL. STF, 2. T., HC 74.116/SP rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, j. 05 nov. 1996, DJU 14 mar. 1997, p. 6.903, Ementário v. 1861-01, p. 178. BRASIL. STJ, 6. T., HC 3.912/RJ, rel. p/ acórdão Min. Willian Patterson, DJU 8 abr. 1996, p. 10.490.

humana [...] a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas”⁷¹⁴. Já para Mirabete, considerando que a legislação ordinária não previu a cominação expressa da contaminação por derivação, não deve ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro a exclusão da prova derivada⁷¹⁵. Barbosa Moreira também afirmou a inadequação da chamada doutrina dos frutos da árvore envenenada à realidade brasileira⁷¹⁶. No mesmo sentido é a posição de Rangel, para o qual a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação não está prevista no texto constitucional e, portanto, “onde a Constituição não distingue, não cabe ao intérprete distinguir”⁷¹⁷. Essa também era posição de Tornaghi, ainda que anterior à atual Constituição⁷¹⁸.

Cordero defende abertamente que não haja qualquer contaminação por derivação, ao afirmar que não há norma sobre o circuito mental que ensejou a descoberta da prova⁷¹⁹. Também Picó i Junoy afirma que existem três argumentos para que não se admita a ilicitude por derivação como uma regra geral: a interpretação da vontade do legislador quando da redação da norma [também aplicável ao constituinte brasileiro], a inexistência de qualquer violação ao direito fundamental na prova indireta, e a restrição do direito constitucional à prova, o que obriga sempre a uma leitura mais restritiva possível da exclusão de provas⁷²⁰.

Contrária à exclusão das provas derivadas é a posição de Pastor Borgñón, que afirma que se deve partir da distinção entre as proibições de prova derivadas da lesão de direitos fundamentais na admissão ou prática no processo e as resultantes de condutas que violem esses direitos na atividade prévia de busca e apreensão das fontes de prova:

[...] o desconhecimento das primeiras resultaria num atentado direto contra os direitos e liberdades básicos, enquanto que ignorar as segundas atentaria indiretamente contra eles, em concreto, contra os direitos a um processo com todas as garantias e à igualdade [...]; não admitir um meio de prova no processo porque o ato de apreensão da fonte é nulo é uma coisa, mas não admiti-lo pelo fato de que, sendo totalmente válida a conduta de apreensão da fonte de prova, a

⁷¹⁴ GRINOVER. As provas ilícitas na Constituição, *op. cit.*, p. 30 e 28, respectivamente.

⁷¹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo (orgs.). *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992, v. 5, p. 174.

⁷¹⁶ BARBOSA MOREIRA. *Op. cit.*, p. 27.

⁷¹⁷ RANGEL. *Op. cit.*, p. 430.

⁷¹⁸ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. v. III, São Paulo: Saraiva, p. 466, *apud* RANGEL. *Loc.cit.*

⁷¹⁹ *Apud* GALANTINI, Novella. *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*. Padova: CEDAM, 1992, p. 89, nota 315.

⁷²⁰ PICÓ I JUNOY. *Op. cit.*, item V.2.B.

informação que pode ter motivado-a se tenha obtido como consequência de uma atuação atentatória contra um direito fundamental é outra distinta. Os processos mentais ou as fontes de informação do investigador não podem ser rastreados indefinidamente ao passado a fim de comprovar sua "pureza" absoluta, ou, dito de outra forma, o efeito anulatório derivado do caráter de invioláveis dos direitos fundamentais não pode manter-se indefinidamente, sem que importem os atos intermediários⁷²¹.

No Brasil, a admissão da ilicitude por derivação não decorre do texto expresso da Constituição, mas de interpretação dirigida pelo fim de otimização da norma, de acordo com a necessidade de incremento da proteção fática e jurídica dos direitos fundamentais (princípio da máxima efetividade)⁷²². Entretanto, a inadmissibilidade é uma exceção ao princípio da verdade material e uma restrição ao direito à prova, e *as exceções são de interpretação restrita*. Sendo a prova derivada fruto de uma interpretação expansiva da garantia fundamental, que por sua vez é restritiva de outro direito fundamental (o direito à prova e a proteção penal eficiente), essa expansão não deve estar alheia aos interesses em conflito no processo penal, nem pode responder da mesma forma diante de crimes de bagatela e da criminalidade mais grave. O efeito derivado relativamente a uma prova numa investigação de crime de difamação não pode ser exatamente a mesma que numa investigação de uma quadrilha de seqüestradores.

Também não se pode negligenciar que uma adoção irrestrita de exclusão da prova derivada conduza ao absurdo de possibilitar aos suspeitos de um fato provocar um vício nas provas imediatas, procurando facilitar as provas iniciais, conscientes da circunstância viciosa, com o objetivo de plantar uma prova ilícita e bloquear toda possível investigação posterior acerca daquele fato⁷²³.

O problema encontra-se na encruzilhada delineada por Rogall, para o qual “se um elevado interesse punitivo em relação à criminalidade grave fala contra o efeito-à-distância, já inversamente um atentado grave aos direitos individuais protegidos sugere a intervenção do efeito-à-distância”⁷²⁴.

⁷²¹ *Apud* MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 115, tradução nossa.

⁷²² Acentuando o efeito profilático como finalidade central da ilicitude por derivação: MAGALHÃES GOMES FILHO. *Direito à prova...*, *op. cit.*, p. 110. Em sentido semelhante, reconhecendo que a ilicitude por derivação seria uma expansão da garantia constitucional: OLIVEIRA, E. P. *Processo e hermenêutica...*, *op. cit.*, p. 196.

⁷²³ Tese reconhecida no precedente espanhol: ESPANHA. Tribunal Superior, STS 7 jul. 1995, Fundamento 1º, Ar. 5436, *apud* PICÓ I JUNOY. *Op. cit.*, item V.2.C.

⁷²⁴ *Apud* COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 176.

Em face da argumentação exposta, não parece adaptável à realidade brasileira a teoria dos frutos da árvore envenenada, de construção estrangeira. A *exclusionary rule* é uma forma de desconsideração da realidade do mundo pela forma de produção da prova; todavia, o mundo não desaparece independentemente da forma. A doutrina que aparenta ser uma exigência ética na teoria mostra-se iníqua quando aplicada na prática. A impossibilidade de controle dos “circuitos mentais” do investigador, a possibilidade de atingir os resultados por formas alternativas ainda que não houvesse a violação e o peso abstrato do valor da prova argumentam em favor da admissão da prova derivada como regra geral. Apenas deve ocorrer a contaminação em situações extremas, nas quais a gravidade e imediatidade da violação dolosa criem uma conexão de antijuridicidade direta e total entre a prova ilícita e sua derivada, como postulado do dever de proteção do sistema de direitos fundamentais mediante o efeito dissuasório⁷²⁵. Portanto, a regra deve ser a admissibilidade da prova derivada e sua exclusão uma exceção extrema.

Como critérios adicionais para verificar a desnecessidade da exclusão da prova derivada, serão analisadas quatro situações: violações procedimentais, não exclusividade, descoberta inevitável e vício diluído.

4.4.1 *Violações meramente procedimentais*

Essa primeira situação parte da distinção, já esboçada na subseção 4.3.7, *supra*, entre violações materiais que geram a ilicitude e violações procedimentais que geram a nulidade. Não há contaminação de ilicitude por derivação quando a prova original não viola um direito material, mas apenas um direito processual.

É o caso de uma interceptação telefônica realizada com autorização judicial, posteriormente anulada por vício de fundamentação. Há violação ao princípio constitucional da

⁷²⁵ Em sentido semelhante, afirma PICÓ I JUNOY que apenas pode ser considerado o efeito reflexo da prova ilícita se presentes os seguintes requisitos: "em primeiro lugar, a existência de uma relação de causalidade direta e imediata entre a ilicitude na obtenção da prova e o resultado logrado posteriormente diante de tal ilicitude; e, em segundo lugar, a impossibilidade de sua obtenção por outros meios legais, motivo pelo qual estes efeitos não são aplicáveis quando o resultado logrado houvesse sido obtido, igualmente, por outras vias diferentes da utilizada"; v. PICÓ I JUNOY. *Op. cit.*, item VI. Estas exceções correspondem às previstas no ordenamento jurídico estadunidense, a serem analisadas abaixo. Também López Ortega defende que a contaminação apenas ocorre mediante uma apreciação global de todas as circunstâncias do caso, quando “exista uma conexão causal, incorporando critérios normativos que tenham em conta a relação, não simplesmente fática, mas também jurídica ou de ilicitude, entre a lesão do direito fundamental e sua incidência na prova ulterior”; v. LÓPEZ ORTEGA. *Op. cit.*, p. 137.

motivação das decisões judiciais, mas o próprio art. 93, IX, da CF/88 comina apenas o vício da nulidade. Ou seja, a prova é admitida, mas não deve surtir efeito. Não há violação ao direito material à intimidade, já que houve uma autorização judicial que podia ter sido fundamentada, mas ao procedimento (disposições processuais) de sua produção. A interceptação será nula, mas as informações dela derivadas poderão validamente ensejar a produção de outros atos de investigação, sem que haja sua contaminação. Da mesma forma uma prova produzida com violação ao contraditório, ampla defesa ou apenas ao devido processo legal é uma prova nula, e não prova ilícita, sendo seus eventuais efeitos regidos pelo sistema de nulidades⁷²⁶. Tal se justifica porque é suficiente para a proteção de um direito processual a privação de eficácia do ato processual atípico, com a declaração de sua nulidade.

Em sentido semelhante, decidiu o STF que:

Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o art. 226, I, do CPP, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*). Sentença condenatória fundada em provas autônomas produzidas em juízo⁷²⁷.

Outra consequência dessa exceção é a impossibilidade de contaminação por derivação quando a prova original é uma investigação direta realizada pelo MP (ainda que, como já foi sustentado na subseção 4.3.9, tal investigação não constitui prova ilícita ou ilegítima, mas permitida pela Constituição). Ainda que, *ad argumentandum*, se entenda que a prova não podia ter sido produzida, tratar-se-á de prova ilegítima, e, portanto, não há contaminação por derivação. É admissível a nova produção das provas (*rectius*: elementos de informação preliminar) e o ajuizamento da ação penal. Então, indaga-se: onde está o interesse processual na exclusão das provas? Apenas para que se repita a produção pela autoridade policial? A argumentação apenas reforça a tese da admissibilidade da investigação pelo Ministério Público.

⁷²⁶ Neste sentido, admitindo que a mera violação de procedimento não gera ilicitude por derivação: LÓPEZ ORTEGA. *Op. cit.*, p. 138. DÍAZ CABIALE; MARTÍN MORALES. *Op. cit.*, p. 134 *et seq.* Especificamente para o caso do exemplo citado no texto: PICÓ I JUNOY. *Op. cit.*, item VI. Em sentido semelhante, afirmam Grinover *et al.* que a nulidade dos atos de instrução probatória, regra geral, não se propaga aos demais por ausência de causalidade: GRINOVER; SCARANCA FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades...*, *op. cit.*, p. 34-6.

⁷²⁷ BRASIL. STF, 1. T., HC 83.921/RJ, rel. Min. Eros Grau, j. 03 ago. 2004, DJU 27 ago. 2004, p. 70, Ementário v. 2161-02, p. 209.

4.4.2 Teoria da não exclusividade

Há exceção de não exclusividade, ou de fonte independente, sempre que a prova secundária não deriva apenas de uma prova ilícita, mas constam dos autos outras provas lícitas que permitem chegar ao conhecimento da prova derivada. Assim, se a prova A deriva das provas B e C, sendo que C é prova ilícita, não se decreta a ilicitude por derivação da prova A, pois a prova B, lícita, permite sua descoberta. Essa exceção tem recebido apoio da doutrina e reconhecimento pela jurisprudência⁷²⁸. Nesse sentido, ver decisão do STF:

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

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 indeferido⁷²⁹.

Sobre a prova ilícita por derivação, Galantini considera que apenas em uma situação de ligação irremediável e vinculante deve dar-se a derivação do vício, e não em uma ligação meramente ocasional. Ou seja, deve-se perquirir se a prova ilícita tenha sido a condição imprescindível para o aparecimento do elemento posterior ou se entre alguns fragmentos do contexto instrutório intercorreu um simples nexó psicológico⁷³⁰.

Essa exceção também tem sido utilizada para a não-anulação de uma sentença que se baseia em um prova ilícita e outras provas válidas. Nesses casos deve-se realizar a supressão da referida prova e assim analisar se há fundamento suficiente para manter a condenação sem a prova ilícita. Segundo Gössel, invocando a teoria da relação de fundamento da teoria da imputação objetiva do direito penal material, se não há uma relação real e decisiva entre a prova proibida e a sentença, não há o que se anular⁷³¹. No mesmo sentido, afirma Barbosa

⁷²⁸ Favorável às exceções de fonte independente e descoberta inevitável: SCARANCE FERNANDES. *Processo penal constitucional, op. cit.*, p. 96. No mesmo sentido: GRINOVER; SCARANCE FERNANDES; MAGALHÃES GOMES FILHO. *As nulidades...*, *op. cit.*, p. 162-3.

⁷²⁹ BRASIL. STF, 1. T., HC 74.599/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 03 dez. 1996, DJU 07 fev. 1997, p. 1340, Ementário v. 1856-02, p. 380. Ainda favorável à fonte independente, v. BRASIL. STF, 2. T., HC 75.497/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14 out. 1997, DJU 09 maio 2003, p. 68, Ementário v. 2109-03, p. 433.

⁷³⁰ GALANTINI. *Op. cit.*, p. 84.

⁷³¹ GÖSSEL. *La prueba ilícita...*, *op. cit.*, § 163-4.

Moreira que "se o juiz, ao motivá-la [a sentença], invoca outras razões, suficiente *de per si* — quer dizer, se o conteúdo da sentença permanecer idêntico ainda com abstração da prova impugnada como inadmissível — então não há por que invalidar o julgamento"⁷³².

Nesse sentido, ver precedente do STF:

EMENTA: 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 inconstitucionalidade⁷³³.

No mesmo sentido, de forma mais genérica, ver decisão do STF: "Por fim, a jurisprudência da Corte é pacífica ao afirmar que não se anula condenação se a sentença não se apoia apenas na prova considerada ilícita. Nesse sentido o decidido no HC 75.611/SP e no HC 82.139/BA [...]"⁷³⁴.

⁷³² BARBOSA MOREIRA. *Op. cit.*, p. 20.

⁷³³ BRASIL. STF, 2. T., RHC 74.807/MT, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 22 abr. 1997, DJU 20 jun. 1997, p. 28507, Ementário v. 1874-04, p. 663.

⁷³⁴ São precedentes reconhecendo que, caso haja outros elementos de convicção, além da prova que se declara ilícita, que por si só são suficientes para sustentar a decisão (seja de recebimento da denúncia ou a sentença, conforme a fase processual), não haverá possibilidade de declaração da nulidade do ato processual decisório: BRASIL. STF, 2. T., RHC 74.807/MT, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 22 abr. 1997, DJU 20 jun. 1997, p. 28507, Ementário v. 1874-4, p. 663. BRASIL. STF, 2. T., HC 75.497/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 14 out. 1997, DJU 09 maio 2003, p. 68, Ementário v. 2109-03, p. 433. BRASIL. STF, 2. T., AgRg no AI 503.617/PR, rel. Min. Carlos Velloso (voto do relator), j. 01 fev. 2005, DJU 04 mar. 2005, p. 30, Ementário v. 2182-08, p. 1509, RT 94:466-470. BRASIL. STF, 1. T., HC 84.316/MG, rel. Min. Carlos Brito, j. 24 ago. 2004, DJU 17 set. 2004, p. 78, Ementário v. 2164-02, p. 276. BRASIL. STF, 1. T., HC 77.015/SP, Min. Octavio Gallotti, j. 11 jun. 1996, DJU 13 dez. 1996, p. 50161, Ementário v. 1854-03, p. 552. BRASIL. STJ, 6. T., HC 9.128/RO, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 2 ago. 1999, p. 226, JBC v. 47, p. 94. BRASIL. STJ, 6. T., HC 5.292/RJ, rel. Min. Anselmo Santiago, j. 09 abr. 1997, DJU 16 jun. 1997. BRASIL. STJ, 6. T., HC 9.128/RO, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 25 maio 1999. BRASIL. STJ, 6. T., HC 23.432/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJU 28 abr. 2003, p.

No julgamento do HC 81.993/MT⁷³⁵, o STF decidiu que não era de se absolver condenado por quadrilha para crimes contra o erário, pois havia prova ilícita (busca e apreensão domiciliar de documentos autorizada por juiz e posteriormente cassada em grau de recurso) e outras provas válidas (diligências perante junta comercial e documentos juntados pelo advogado de um dos investigados)⁷³⁶.

Situação especial de não exclusividade, em ligação com a já exposta teoria da descontaminação posterior, deve ser aquela na qual há uma interceptação telefônica viciada envolvendo funcionário público e esse posteriormente realiza entrevistas, notas oficiais ou depoimentos, confirmando a existência e autenticidade dos diálogos, mas tentando dar-lhes conotação diversa. Há prova diversa que não deve ser contaminada pela ilicitude e pode sustentar a condenação.

4.4.3 Teoria da descoberta inevitável

Há exceção de descoberta inevitável (de fonte hipotética independente ou de cursos causais hipotéticos) quando a prova derivada das informações de uma prova ilícita seria certamente descoberta pela continuidade das investigações, segundo um juízo hipotético de alta probabilidade derivado da experiência, ainda que não houvesse a realização da prova ilícita. Essa exceção normalmente tem aplicação quando não existe uma prova autônoma anterior à prova ilícita, pois, nesse caso, é diretamente aplicável a exceção de fonte independente.

Nos EUA, essa exceção foi criada no precedente *Nix v. Williams* (1984), relativo à confissão ilegal que levou à descoberta de um corpo durante uma operação de resgate que, se continuasse, certamente o localizaria. Na Alemanha, onde a jurisprudência não reconhece o efeito à distância, essa exceção tem desenvolvimento apenas em nível doutrinário, sendo denominada de cursos causais hipotéticos, comportamentos lícitos alternativos⁷³⁷, ou

266.

⁷³⁵ BRASIL. STF, 1. T., HC 81.993/MT, rel. Min. Ellen Gracie, j. 18 jun. 2002, DJU 02 ago. 2002, p. 84, Ementário v. 2076-05, p. 898.

⁷³⁶ Nesse caso, inclusive, é de se questionar eventual efeito dissuasório de contaminação por derivação, já que a ordem de busca domiciliar fora legitimamente autorizada pelo juiz. Esse precedente do STF é muito similar aos precedentes estadunidenses *United States v. Leon* (1984) e *Arizona v. Evans* (1995), nos quais a autorização para busca domiciliar fora validamente concedida e posteriormente cassada, tendo a Corte Suprema mantido as provas em decorrência da boa-fé dos agentes policiais.

⁷³⁷ COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 178 *et set.*

possibilidade legal de obtenção da prova⁷³⁸. Na Espanha, essa exceção tem sido aplicada sob a rubrica da conexão de antijuridicidade desenvolvida pela STC 81/98.

Sobre a descoberta inevitável, afirma Costa Andrade que "a violação duma proibição de produção da prova não determina a proibição de valoração do meio de prova sempre que se possa afirmar que aquele meio se teria igualmente obtido caso se tivessem respeitado as normas processuais violadas"⁷³⁹, concluindo que o processo alternativo deve ser altamente provável. Roxin exclui de tal possibilidade as violações graves ao procedimento, como a interceptação telefônica sem autorização judicial⁷⁴⁰.

Também Bénédicct é favorável à exceção de descoberta inevitável, quando as provas indiretas podiam ter sido adquiridas de uma outra maneira de acordo com a lei, na circunstância de que essa forma de obtenção alternativa era certa, ou, ao menos, possível conforme um elevado grau de probabilidade⁷⁴¹.

Segundo López Ortega, o critério da descoberta inevitável há de ser analisado segundo um "juízo de experiência acerca do grau de conexão que determina a pertinência ou impertinência da prova questionada"⁷⁴². Afirma o autor que esse juízo de experiência é um juízo hipotético sobre a maior ou menor probabilidade de que o resultado probatório se houvesse produzido e conclui que a eventual dúvida há de ser resolvida *pro reo*. Portanto, é a argumentação jurídica sobre as circunstâncias do caso concreto que legitima a decisão sobre a não-contaminação derivada⁷⁴³.

Raras são as decisões do STF acolhendo essa teoria. Quando o faz, utiliza-se da argumentação da teoria da não-exclusividade, ainda que, normalmente, a fonte independente não permitisse efetivamente chegar ao conhecimento da prova derivada. Nessas situações, há uma análise suprimida da probabilidade de descoberta da prova derivada, talvez pelo receio de críticas a uma argumentação hipotética das alternativas.

⁷³⁸ GÖSSEL. La prueba ilícita..., *op. cit.*, § 101.

⁷³⁹ COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 107.

⁷⁴⁰ ROXIN. *Op. cit.*, p. 193. No mesmo sentido decisão do BGH: *apud* GÖSSEL. *Loc. cit.*

⁷⁴¹ BÉNÉDICT, Jérôme. *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*. Lausanne: Pro Schola, 1994, p. 59.

⁷⁴² LÓPEZ ORTEGA. *Op. cit.*, p. 142.

⁷⁴³ MIRANDA ESTRAMPES. *Op. cit.*, p. 117.

No precedente do HC 73.461/SP, julgado pelo STF⁷⁴⁴, houve a prisão e interrogatório lícitos do amásio da acusada, seguidos de uma interceptação telefônica judicialmente autorizada antes do advento da lei reguladora (portanto, considerada ilícita pelo STF), que permitiram prender a acusada em flagrante. Decidiu-se que havia prova independente a justificar a prisão da acusada (depoimento de seu amásio), ainda que as circunstâncias concretas da prisão foram descobertas apenas em razão da interceptação telefônica. Portanto, não era um caso típico de fonte independente, mas de descoberta inevitável.

Com base nessa exceção, mostram-se mais uma vez criticáveis as decisões dos Tribunais de determinar o trancamento de inquérito policial instaurado com base em informações decorrentes de provas supostamente ilícitas. A relevância do direito à prova e, como sua consequência, do direito à investigação, recomendam que se concluam os esclarecimentos sobre os fatos para, à luz do conjunto de informações sobre um delito e analisando a probabilidade de descoberta das provas, se decida sobre eventual não-recebimento da denúncia, mas não pelo aborto prematuro das investigações.

Picó i Junoy ilustra a aplicação dessa exceção com o seguinte exemplo: A é suspeito do homicídio de B; a polícia procura localizar os possíveis domicílios de B, ao mesmo tempo em que solicita autorização judicial para interceptação telefônica de B; na interceptação telefônica, descobre-se que o corpo e a arma estão escondidos em uma propriedade de B; de posse de autorização judicial, a polícia ingressa na propriedade e apreende as provas; posteriormente, a decisão da interceptação telefônica é declarada nula por insuficiência de motivação. Nesse caso, Junoy conclui que não haverá contaminação por derivação das provas apreendidas no domicílio pois havia um curso de investigação alternativo que, com alta probabilidade, chegaria também à localização das provas derivadas⁷⁴⁵. Ademais, tratando-se de violação procedimental, não deve ocorrer contaminação por derivação.

4.4.4 Teoria do vício diluído

Há exceção de vício diluído, mancha diluída, nexos causal atenuado, ou desconexão de antijuridicidade, quando, entre a produção da prova ilícita e a obtenção da prova

⁷⁴⁴ BRASIL. STF, 1. T., HC 73.461/SP, rel. Min. Octávio Galloti, j. 11 jun. 1996, DJU 13 dez. 1996, p. 50.161.

⁷⁴⁵ PICÓ I JUNOY. *Op. cit.*, item VI.

derivada, surgem fatos intermediários que permitem a descontaminação da mácula inicial (ou seja, dissipa-se o vício).

Essa exceção possui ligação com a descontaminação posterior por reafirmação das informações pelo titular do direito violado⁷⁴⁶, que foi tratada no tópico das provas diretas por entender-se que tal situação não constitui, propriamente, hipótese de exceção à prova derivada, mas de repetição da prova em situação de convalidação.

A jurisprudência estadunidense criou critérios para permitir a purgação do vício (diluir a conexão de antijuridicidade): lapso temporal entre a violação e a prova derivada (normalmente para os vícios de interrogatório), gravidade da infração original, natureza da prova derivada (se testemunhal, há autonomia de vontade dos testemunhos), bem como a possibilidade de alcançar a prova derivada por outros meios hipotéticos. Também lembra López Ortega que a conexão de antijuridicidade apta a determinar a contaminação deve avaliar a proporcionalidade entre o vício e a exclusão⁷⁴⁷. Assim, a conexão não deve ser meramente causal, mas jurídica, incorporando critérios normativos de imputação do vício inicial, que pode ceder diante de situações intermediárias que diluam o nexo causal.

Há precedente do STF entendendo que a confissão após prisão ilegal é prova ilícita⁷⁴⁸. Nesse caso, antes de se afirmar a ilicitude da confissão por eventual derivação da prisão, há que se analisar se as circunstâncias da prisão infundiram uma coação no confidente que lhe retiraram sua liberdade de autodeterminação. Na análise dessas circunstâncias, o elemento temporal e a gravidade da lesão devem ser fatores decisivos para a análise da desconexão da antijuridicidade.

Sobre essa exceção, ver precedente do STF:

Escuta telefônica que não deflagra ação penal, não é causa de contaminação do processo. Não há violação ao direito à privacidade quando ocorre apreensão de droga e prisão em flagrante de traficante. Interpretação restritiva do princípio da árvore dos frutos proibidos. Habeas corpus indeferido⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ Item 4.3.4.2, *supra*.

⁷⁴⁷ LÓPEZ ORTEGA. *Op. cit.*, p. 138.

⁷⁴⁸ BRASIL. STF, 1. T., HC 70.277/MG, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 14 dez. 1993, DJU 18 mar. 1994, p. 5167, Ementário v. 1737-03, p. 452.

⁷⁴⁹ BRASIL. STF, 2. T., HC 76.203/SP, rel. p/ acórdão Min. Min. Nelson Jobim, j. 16 jun. 1998, DJU 17 nov. 2000, p. 10, Ementário v. 2012-01, p. 80.

Nesse precedente, houve uma delação apócrifa (denúncia anônima) que iniciou as investigações, tendo a polícia realizado uma interceptação telefônica com autorização judicial antes do advento da lei regulamentadora. Com base nessas duas informações, a polícia prendeu em flagrante os suspeitos por tráfico de entorpecentes, quando realizavam um transporte da substância. Todavia, o conhecimento concreto do dia no qual seria feito o transporte apenas foi obtido com a interceptação telefônica autorizada antes da lei. As demais provas eram os depoimentos dos policiais que realizaram a diligência de prisão em flagrante. O Min. Marco Aurélio, relator original, votou pela concessão da ordem. Já o Min. Nelson Jobim entendeu que não há qualquer contaminação entre a interceptação ilegal e a apreensão da droga; tanto que “se chegássemos a aplicar o princípio da contaminação absoluta, teríamos que devolvê-la [a droga], uma vez que ela teria sido apreendida ilicitamente”. No mesmo sentido, afirmou o Min. Carlos Velloso que ignorar a apreensão de dez quilos de cocaína atenta contra o devido processo legal. Já o Min. Néri da Silveira introduziu o argumento da existência de prova autônoma a justificar a condenação (apreensão das drogas), negando, portanto, contaminação entre esta e a interceptação ilegal. Nesse caso, a apreensão derivou claramente da interceptação (considerada) ilegal, pois a suposta delação apócrifa não forneceu as informações concretas que permitiram a prisão. Esse precedente decidiu implicitamente que não há contaminação entre a interceptação ilegal e a prisão realizada com base em suas informações. Portanto, a decisão entendeu que a ilicitude não era tão direta e imediata que permitisse a contaminação, analisou a desproporção entre o vício e a exclusão, avaliou a possibilidade de descoberta alternativa e concluiu pela continuidade das investigações.

Além dessa situação, em regra geral não deve haver contaminação por derivação das provas testemunhais, ainda que elas sejam localizadas por informações de uma prova ilícita, pois nesses casos uma “teoria dos testemunhos dotados de voluntariedade autônoma” justifica a admissão da prova. Nesse sentido, além do precedente estadunidense *Ceccolini*⁷⁵⁰, há decisão da Corte Suprema argentina para a qual:

A prova que provém diretamente das pessoas através de suas palavras, por serem elas dotadas de vontade autônoma, admite maiores possibilidades de atenuação da regra [...]; o grau de liberdade de quem declara não é irrelevante para julgar sobre a liberdade de suas manifestações, de modo que a exclusão requer, nestas

⁷⁵⁰ V. item 3.2.5.2, *supra*.

hipóteses, um vínculo mais imediato entre a ilegalidade e o testemunho que o exigido para desclassificar a prova material⁷⁵¹.

No mesmo sentido, Midón afirma que a Corte Nacional Argentina possui maior flexibilidade em admitir a prova testemunhal derivada do que a prova material, exceto se houver uma ligação direta e imediata entre a ilegalidade inicial e o testemunho⁷⁵².

No precedente estadunidense *New York v. Quarles* (1984) entendeu-se que a violação do privilégio contra auto-incriminação impede apenas a utilização da prova contra o acusado, não a utilização de outras provas localizadas com base nesse interrogatório. Em sentido semelhante, afirma Gössel a proibição de prova no interrogatório viciado é sua não-utilização contra o réu, e não “impedir a consideração dos demais resultados da investigação que os fatos indevidamente adquiridos permitiram alcançar”⁷⁵³.

Essa teoria, segundo Goulart, permite que, mesmo que a prova testemunhal tenha sido descoberta em razão de um interrogatório cometido mediante tortura (a prova ilícita mais grave), não haja contaminação entre as provas, pois não há vinculação direta entre a ilicitude do interrogatório e o conteúdo do depoimento⁷⁵⁴.

Esse critério também deve levar em conta a gravidade da violação inicial e a finalidade de proteção da proibição de prova, de sorte que a exclusão da prova derivada seja sempre uma *ultima ratio* (análise da necessidade ou subsidiariedade da restrição).

Essa exceção também possui aplicação para vedar, em regra geral, a contaminação da derivação da derivação. Foi o que ocorreu no caso *Wong Sun v. United States* (1963), no qual a prisão ilegal de Toy levou ao conhecimento de Lee, e a prisão legal desse levou ao conhecimento de Wong Sun. A derivação não contaminou a prisão de Wong Sun, o último, pois na derivação de derivação o vício já se dissipara a ponto de não permitir contaminação.

⁷⁵¹ ARGENTINA. Corte Suprema, caso *Rayford*, apud CARRIÓ, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 4. ed., 3. reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 250.

⁷⁵² MIDÓN, Marcelo Sebastián. *Pruebas ilícitas: análisis doctrinário y jurisprudencial*. 2. ed. Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo, 2005, p. 195-7.

⁷⁵³ Apud COSTA ANDRADE. *Op. cit.*, p. 112. Com argumentação semelhante mas resultados diversos, Galantini propõe uma solução que venha a considerar as peculiaridades do caso concreto, de forma que a gravidade da primeira lesão não venha se perpetuar na segunda, concluindo que no caso da confissão sob tortura o fim de proteção da norma para com a liberdade de não declarar exigiria a exclusão da prova derivada: GALANTINI. *Op. cit.*, p. 89.

⁷⁵⁴ GOULART. *Op. cit.*, p. 115.

4.5 Regulamentação legal das exceções genéricas

Existe uma dificuldade de regulamentação legal geral do tema haja vista seu caráter casuísta e resistente a um tratamento abstrato totalmente vinculante.

Segundo Urbano Castrillo e Torres Morato, não é recomendável a edição de uma lei regulamentando a tratamento das exceções às provas ilícitas mediante a aplicação da proporcionalidade. Afirmam que o caráter não estático dos direitos fundamentais, cujo conteúdo é mutável como o de todo organismo vivo, recomenda que se abra um "espaço de discricionariedade" à atuação judicial, para que se realize no caso concreto a ponderação dos bens constitucionais afetados⁷⁵⁵.

Já Gössel entende que, quanto mais disposições específicas para cada espécie de prova houver, melhor será realizado o trabalho dos juízes, sem o risco de se violar os limites entre legislativo e judiciário com o traslado a este último de considerações político-criminais⁷⁵⁶.

De qualquer sorte, essa perspectiva recomenda a possibilidade de admissão da ponderação de interesses mesmo diante da ausência da regulamentação legal. Como afirma Dias Fernandes:

a complexidade da vida social não permite uma rigidez absoluta na ponderação pré-normativa (feita pelo legislador antes de aditar a norma), de modo que se torna imprescindível a possibilidade de uma ponderação pós-normativa (feita pelo intérprete e/ou aplicador da norma) a fim de corrigir eventuais distorções causadas pela generalidade e pela rigidez da ponderação pré-normativa (que é feita sem considerar casos excepcionais imprevistos e/ou impreviáveis pelo legislador)⁷⁵⁷.

Há em andamento perante o Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.205-A de 2001, de autoria do Poder Executivo, oriundo de anteprojeto elaborado pela Comissão instituída pelo Ministério da Justiça através da Portaria nº 61 de 20 de janeiro de 2000 (composta por processualistas de alto renome). Esse projeto dá nova redação ao art. 157 do CPP, nos seguintes termos:

⁷⁵⁵ URBANO CASTRILLO; TORRES MORATO. *Op. cit.*, p. 55.

⁷⁵⁶ GÖSSEL. La prueba ilícita..., *op. cit.*, § 171.

⁷⁵⁷ FERNANDES, A. D. *Op. cit.*, p. 414.

Art.157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a princípios ou normas constitucionais.

§ 1. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

§ 2. Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório.

§ 3. O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença.

Verifica-se que a nova redação estabeleceu uma conceituação infra-constitucional do que são as provas ilícitas, como sendo as obtidas “em violação a princípios ou normas constitucionais”. Essa inovação legislativa é inadequada, já que alarga indevidamente o conceito de provas ilícitas. Como visto na subseção 2.3.3, provas ilícitas são apenas as obtidas em violação a direitos materiais (Nuvolone) e a direitos fundamentais. Isso significa que violações a normas processuais geram a nulidade, que possui repercussões diversas que a ilicitude (especialmente sobre a ilicitude por derivação), e também que violações a princípios constitucionais que não sejam fundamentais não devem ensejar a penalidade máxima da inadmissibilidade. O *caput* também é pleonástico ao falar em “princípios ou normas”, pois norma é o gênero com duas espécies: princípios e regras⁷⁵⁸. Deveria referir-se apenas a “direitos fundamentais”, deixando implícito que estes possuem natureza principiológica.

O § 1º da nova redação propõe a positivação da teoria dos frutos da árvore envenenada. O primeiro ponto é que a redação da forma como consta não é uma exigência constitucional, já que o STF pode alterar sua jurisprudência para mitigar a aplicação dessa teoria, conforme proposto nesse trabalho. Em segundo lugar, o dispositivo não contempla a exceção de vício diluído, que envolve também uma consideração da proporcionalidade entre a exclusão e suas conseqüências, bem como a impossibilidade de contaminação derivada de provas testemunhais.

Também deixou o projeto de contemplar todas as outras exceções expostas neste trabalho, como o abuso de garantias constitucionais, a exceção de boa-fé, erro inócuo, possibilidade de mitigação quando se tratar de violações por particulares, de direito de terceiros,

⁷⁵⁸ V. subseção 1.2.2, *supra*.

descontaminação posterior e a gravidade do crime, o que possibilitará uma interpretação nefasta de que, como a lei regulamentou todo o problema e não tratou dessas situações, elas foram tacitamente não aceitas, o que pode causar sérias conseqüências à correta exegese do problema. Ademais, já que pretendeu regular o tema, o projeto não explicitou a possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade e seus eventuais critérios gerais. Ainda que seja desnecessária tal explicitação — pois qualquer violação à proporcionalidade é automaticamente inconstitucional — talvez fosse relevante explicitar aos “positivistas” a necessidade de compatibilização lógica dos diversos princípios fundamentais em um sistema harmônico.

Com essas razões, conclui-se não ser conveniente o disciplinamento, em âmbito infraconstitucional, da inadmissibilidade das provas lícitas derivadas de informações de provas ilícitas. Melhor é a supressão desse § 1º, para que o tema possa ser disciplinado no âmbito da jurisprudência de nosso Tribunal Constitucional.

A proposta de redação do § 2º do dispositivo é positiva, já que operacionaliza o desentranhamento das provas ilícitas dos autos, mas determina seu arquivamento no cartório, o que possibilitará sua eventual reinserção nos autos, caso haja provimento de recurso pela parte prejudicada com a declaração da ilicitude. Obviamente, o recurso será interposto ao final do processo (apelação).

O § 3º estabelece que o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença. Tal dispositivo é prejudicial ao princípio constitucional do juiz natural, já que permite que uma das partes dolosamente introduza uma prova ilícita nos autos com a finalidade de instar o juiz a desentranhá-la e induzir sua “suspeição” para o julgamento do mérito, nos moldes da redação proposta. Portanto, deve ser suprimido.

Dessa análise sumária, conclui-se que provavelmente Urbano Castrillo e Torres Morato tenham razão ao afirmar que é melhor deixar a regulação do tema à jurisprudência do que enrijecer seu tratamento nas amarras legais.

CONCLUSÃO

Para facilitar a análise do trabalho, as idéias desenvolvidas serão sintetizadas na forma de relação de teses, seguidas de comentários conclusivos ao final.

1. É fundamental para a compreensão da estrutura das normas dos direitos fundamentais a análise da dimensão principiológica do Direito e do Estado constitucional contemporâneo.

2. Há duas espécies de normas de direitos fundamentais: regras e princípios. Regras são aplicadas na lógica do “tudo ou nada” (Dworkin). Princípios são mandados de otimização, ou seja, razões *prima facie* que devem ser realizadas na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes (Alexy).

3. Além das duas espécies normativas, Alexy acrescenta os procedimentos, que são os reguladores da solução das colisões de princípios e apresentam a forma de uma teoria da argumentação jurídica.

4. Alexy adota a perspectiva externa das restrições aos direitos fundamentais. Assim, sempre que houver uma razão *prima facie* para proteger um direito fundamental em determinada situação, essa situação deve ser incluída em seu âmbito de proteção, aplicando-se o princípio da proporcionalidade para solucionar a colisão.

5. Restrições diretamente constitucionais são autorizadas pela Constituição. Restrições indiretamente constitucionais são as que a Constituição delega à legislação ordinária a possibilidade de restrição. Há uma restrição implícita de todos os direitos fundamentais pelo princípio da proporcionalidade.

6. A garantia do conteúdo essencial não possui um conteúdo apriorístico, mas possui apenas um caráter declaratório de síntese do resultado da ponderação dos princípios em colisão.

7. A proporcionalidade como método de resolução das colisões possui três subprincípios: adequação (idoneidade entre meio e fim), necessidade (inexistência de meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação de interesses). A proporcionalidade é um princípio constitucional implícito na Constituição brasileira, decorrente da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, do Estado Democrático de Direito, e da própria estrutura lógica dos direitos fundamentais como princípios jurídicos.

8. A controlabilidade do procedimento judicial, ante sua abertura aos critérios valorativos, ocorre, segundo Alexy, através da argumentação prática racional. Esta deve partir do próprio texto constitucional, da vontade do constituinte, dos precedentes e da dogmática, sendo admissível a superação do texto ou dos precedentes mediante um ônus de argumentação mais forte. Nesse processo, é necessária a abertura argumentativa do círculo hermenêutico da Constituição, de forma que todas as forças pluralistas públicas se tornem, potencialmente, intérpretes da Constituição.

9. Segundo Alexy, o controle da eventual subjetividade na ponderação é feito pela fundamentação racional de enunciados que estabelecem preferências condicionadas entre os valores ou princípios opostos, progressivamente sedimentados pela jurisprudência.

10. O princípio da dignidade da pessoa humana representa a síntese do sistema de direitos fundamentais. Não se trata da dignidade de uma pessoa individual, mas uma dignidade personalista, que reconhece o valor da pessoa humana e impõe a harmonização do conflito concreto mediante uma ponderação de interesses que preserve o mínimo da essência do indivíduo e promova a máxima realização das dignidades dos demais cidadãos. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é a guia da ponderação de interesses.

11. A dignidade da pessoa se expressa na tríplice exigência de respeito, liberdade e compromisso com a emancipação. Demanda do Estado um compromisso com ações de afirmação da liberdade dos demais cidadãos e promoção de condições de desenvolvimento de suas personalidades. Um desses instrumentos de proteção é o direito penal.

12. A proteção penal é um direito fundamental dos cidadãos e um dever fundamental do Estado. Decorre do dever de proteção que emana da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e da subjetivação dos direitos de proteção.

13. As ponderações de interesses sobre os direitos de proteção constituem "ponderações complexas", pluridimensionais, nas quais é necessário delimitar as posições jusfundamentais de diferentes titulares de direitos fundamentais. Na tutela penal, devem-se levar em conta os interesses do acusado, da vítima e da sociedade.

14. O direito fundamental a normas de organização e procedimento exige a construção de um processo penal eficiente para a realização da proteção penal material.

15. A proporcionalidade possui duas dimensões: proibição de excesso para as restrições de direitos fundamentais; e proibição de insuficiência para a realização dos direitos de proteção, dentre os quais está a proteção penal. O garantismo penal integral deve considerar ambas as dimensões.

16. A Constituição Federal de 1988, ao lado de um rol de garantias penais individuais, também reconhece um direito/dever de proteção penal, que deve orientar a solução das colisões de princípios no processo penal.

17. O processo penal possui uma instrumentalidade garantista-funcional: deve proteger o indivíduo contra a arbitrariedade punitiva e também ser eficiente para realizar a proteção penal material. É imperativo manter as garantias necessárias à correção do resultado e afastar o formalismo estéril.

18. Segundo Ferrajoli, a verdade fática é aproximativa, em decorrência de limitações à reconstrução da verdade histórica. A verdade do processo é legitimada pela observância das garantias processuais de um sistema dialético.

19. Há um falso dilema entre verdade formal e material. Apesar de não ser possível a reconstrução sempre exata dos fatos no processo, isso não impede que o processo esteja teleologicamente aberto à maior aproximação possível com a verdade material.

20. Sendo o processo um instrumento de pacificação social e um reflexo do modelo cognitivo da própria sociedade, esse escopo não pode ser atingido fora da exigência de uma reconstrução verdadeira dos fatos.

21. O direito à prova é um direito fundamental tanto da defesa quanto da acusação, e abrange também o direito à investigação. Esse direito exige um postulado geral de liberdade dos meios de prova, admitindo-se as provas inominadas.

22. É admissível a restrição ao direito à prova quando houver colisão com outros princípios fundamentais. Essa perspectiva está consagrada no art. 5º, LVI, da CF/88.

23. A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é uma restrição probatória de natureza extraprocessual e política, destinada a criar um sistema de proteção aos direitos fundamentais.

24. São provas ilícitas as obtidas com a violação de direitos materiais e provas ilegítimas as obtidas com violação de direitos processuais (Nuvolone). As provas ilícitas devem ser entendidas como violações a direitos fundamentais materiais, geralmente realizadas fora do processo.

25. Consideram-se provas ilícitas por derivação as obtidas de forma lícita, mas através do conhecimento proporcionado por uma prova ilícita.

26. A norma do art. 5º, LVI, da CF/88 é um princípio constitucional, não apenas uma regra. Essa conclusão se justifica pela admissão de ponderação de seu enunciado com princípios colidentes, como no caso da prova *pro reo* e de precedentes do STF levando em conta a gravidade do crime (interceptação de comunicação epistolar de preso).

27. É possível a ponderação de interesses também para garantias processuais.

28. Apesar de ter uma natureza processual, ao se ligar com os efeitos de um fato para o processo, a garantia da inadmissibilidade possui indiscutível natureza material, apresentando-se como uma sanção a um ilícito material cometido; daí a necessidade de recorrer a elementos da dogmática penal para solucionar seus problemas.

29. A garantia da inadmissibilidade possui como teleologia central o efeito dissuasório de violações aos direitos fundamentais (fim de proteção). De forma complementar, também possui como justificativa a necessidade de um *fair trial*, que é violado em situações de instrumentalização do acusado, ou grave violação da paridade de armas. A articulação dessa teleologia se dá com o recurso a elementos da dogmática penal (tipicidade, ilicitude e culpabilidade na violação) e, especialmente, em consideração com o princípio da proporcionalidade como causa de exclusão da antijuridicidade.

30. É necessário um equilíbrio entre garantias e funcionalidade na resolução dos problemas das provas ilícitas.

31. São críticas à garantia da inadmissibilidade à luz da funcionalidade do processo: nem sempre a exclusão da prova irá permitir um efeito dissuasório efetivo; nem sempre a admissão de provas verídicas, ainda que obtidas com alguma violação material, acarretará a injustiça do julgamento; em muitas situações (especialmente diante de crimes mais graves) a exclusão da prova obtida de forma ilícita, mas verídica, causa muito mais descrédito à integridade judicial que a sua admissão, sob uma perspectiva comunitarista; a inadmissibilidade constitui em muitas situações um instrumento de imunização da classe alta contra seus delitos; a inadmissibilidade das provas ilícitas não é um princípio absoluto, mas deve ser ponderada com os demais princípios conflitantes.

32. São críticas à funcionalidade à luz da garantia: a garantia da inadmissibilidade é o ponto de partida hermenêutico estabelecido pela Constituição; uma anomia sobre as proibições de prova (sobre sua exclusão ou punições) pode gerar uma corrosão dos níveis de observância das regras; a flexibilização no tratamento das provas ilícitas pode acentuar ainda mais a seletividade do sistema de justiça criminal. Em conclusão, a aplicação da proporcionalidade para admissão de provas ilícitas deve seguir balizas dogmáticas racionais, como critério de minimização dessas críticas.

33. Nos EUA, as regras de exclusão são uma construção jurisprudencial da Corte Suprema diante da grande variedade de atuações policiais irregulares constitutivas de violação das Emendas IV, V, VI e XIV, especialmente para buscas e apreensões irregulares e para violações ao privilégio contra auto-incriminação.

34. A plena extensão da regra de exclusão a todos os procedimentos penais em curso no território dos Estados Unidos, independentemente de seu caráter federal ou estadual, apenas ocorreu em *Mapp v. Ohio* (1961). A partir do precedente *United States v. Calandra* (1974), a regra de exclusão passou a ter uma justificação exclusiva no efeito dissuasório de violações policiais.

35. No precedente *United States v. Leon* (1984), a Corte Suprema estadunidense reconheceu a exceção de boa-fé. Também há várias outras limitações à exclusão probatória, como a admissibilidade de utilização da prova para impugnar um interrogatório mendaz (*impeachment exception*), inaplicabilidade para erros meramente procedimentais sem relevância para as partes (*harmless exception*) e impossibilidade de o réu requerer exclusão de prova relativa à violação de direitos de terceiros (*standing for motion to suppress*).

36. A Corte Suprema construiu, a partir do precedente *Silverthorne Lumber & Co. v. United States* (1920), a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree doctrine*). Todavia, admite várias exceções a essa teoria, como a teoria da fonte independente, da descoberta inevitável e do nexos causal atenuado.

37. A regra de exclusão, nos EUA, após uma fase de desenvolvimento na década de 60 pela Corte Warren, passou a uma fase de inúmeras restrições, havendo uma forte tendência política e doutrinária para sua desconsideração em situações de maior gravidade do crime investigado.

38. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos apenas determina a anulação de julgamento por admissão de provas ilícitas em situações extremas, que violem o *fair trial*. Não são entendidas violações ao *fair trial* a admissão de provas produzidas por particulares (caso *Shrenk*), escutas telefônicas clandestinas (caso *Khan*), defendendo esse tribunal a ponderação da justiça do julgamento com os interesses da sociedade na persecução penal.

39. Na Alemanha, a legislação sobre as proibições de prova são esparsas, havendo exclusão probatória apenas nas situações de violações graves a direitos fundamentais, como métodos proibidos de interrogatório, interceptação telefônica sem autorização judicial ou do Ministério Público. Ainda assim, há grande maleabilidade no tratamento do tema.

40. O BGH alemão construiu a teoria das esferas jurídicas, para admitir a prova quando ela violar direitos de terceiros que não o acusado. O BVerfG construiu a teoria dos três degraus para julgar admissíveis as provas que não violem o núcleo essencial da intimidade. A interpretação alemã parte da necessidade de ponderar os interesses da funcionalidade da justiça criminal com as garantias processuais.

41. Na Alemanha, regra geral, não existe o efeito à distância (*Fernwirkung*) para estender a inadmissibilidade de uma prova ilícita sobre a prova dela derivada.

42. Na Espanha, a criação da regra de exclusão deu-se com o advento do art. 11.1 da LOPJ de 1985, inspirado na decisão do Tribunal Constitucional da STC 112/84.

43. Na Espanha, admite-se a exceção de boa-fé e a prova ilícita *pro reo*.

44. A partir da STC 81/98, iniciou-se uma fase de restrição da exclusão de provas ilícitas por derivação mediante a criação da teoria da conexão de antijuridicidade, que incorpora várias das exceções estadunidenses, como a fonte independente, descoberta inevitável, e conexão atenuada. Essa teoria considera a índole e características da lesão originária do direito fundamental (gravidade da lesão original), bem como pondera o efeito dissuasório com o resultado da prova e as necessidades essenciais de conferir efetividade ao direito fundamental afetado pela ilicitude. Após essa decisão, a posição do Tribunal Constitucional tem sido de restringir a exclusão de provas.

45. Os países de *common law*, como Inglaterra, Austrália, Canadá e África do Sul, não possuem tradição de excluir provas ilícitas, ainda que, recentemente, existam decisões permitindo maior discricionariedade ao juiz para excluir provas cuja admissão cause descrédito à justiça.

46. Na França, o problema das provas ilícitas é tratado junto com o das nulidades, com posições restritivas à exclusão. Também na Itália, onde o art. 191.1 do Código de Processo Penal de 1989 regula a *inutilizzabilità* da prova ilícita, a Corte de Cassação tem realizado mitigações sobre a regra.

47. Conclui-se da visão panorâmica dos países analisados que não existem casos de proibição absoluta de provas obtidas com violação de regras procedimentais, havendo categorias comuns para a solução dos problemas.

48. No Brasil, a doutrina e jurisprudência reconhecem como admissível a prova ilícita *pro reo*, como aplicação do princípio da proporcionalidade.

49. Há uma posição divergente na doutrina nacional sobre a admissibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para admissão de provas *pro societate*.

50. O STF entende possível a aplicação do princípio da proporcionalidade (ainda que não utilizando sempre essa denominação) para admitir provas quando a pessoa está abusando de uma garantia constitucional para, através dela, cometer crimes. É o caso das gravações de ameaças, extorsões, gravação de conversa com servidor público no exercício da função, abertura de correspondências contendo substâncias ilícitas (como entorpecentes), e a apreensão ou extração de cópia de carta do preso que determina a prática de crimes mediante correspondência.

51. Na jurisprudência do STF e STJ não há precedentes utilizando especificamente a argumentação da exceção de boa-fé para justificar provas penais.

52. O problema dos conhecimentos fortuitos deve ser solucionado à luz da exceção de boa-fé. Considerando a inexistência de dolo no caso, o conhecimento fortuito em interceptação telefônica deve ser admitido como prova para outros crimes do mesmo autor ou de terceiros, ainda que apenados com detenção, independentemente do requisito da conexão ou continência, bem como deve-se admitir os conhecimentos fortuitos como prova emprestada para o processo civil e administrativo pelos mesmos fatos que constituem crime, especialmente ante a ausência de violação ao princípio do contraditório na produção de prova documental. Os conhecimentos fortuitos em busca e apreensão domiciliar, quando sejam coisa cuja posse constitua crime, admitem apreensão, por se tratar de flagrante delito.

53. É admissível a descontaminação posterior da ilicitude quando houver possibilidade de renovação posterior do ato viciado (como na ausência de autorização judicial para violação de sigilo de dados), ou quando o titular do direito violado posteriormente confirmar

o teor da prova (como na confirmação do teor de interceptação telefônica pelo interlocutor, novo interrogatório com observância das garantias, confissão de posse de objetos realizados em busca domiciliar, solicitação da defesa de uso de prova relativa a violação de direito seu).

54. Quando a prova ilícita é obtida por particulares, regra geral, não há efeito dissuasório a justificar a restrição probatória. A restrição ao direito à prova é inadequada e desproporcional.

55. Devem ser evitadas as decisões de trancamento de inquérito por conter prova ilícita, em consideração à possibilidade de fonte independente, descoberta inevitável e pela avaliação de elementos acessórios que permitam a descontaminação do nexo de antijuridicidade.

56. A violação a direito de terceiros, apesar de não ser um critério autônomo para justificar a admissão da prova, permite uma relativização da garantia se associado com outros critérios, especialmente a pequena gravidade da violação e a maior gravidade do crime investigado.

57. Não deve haver exclusão de provas em relação a erros inócuos, assim entendidos os vícios meramente processuais. Deve-se reservar a sanção da inadmissibilidade para as violações mais graves e próximas do núcleo da dignidade da pessoa humana.

58. Não é possível a admissão de prova decorrente de interrogatório mediante tortura contra o acusado. A ponderação de interesses será, sempre, favorável à exclusão probatória, especialmente diante da violação ao *fair trial* e à dimensão equitativa do processo.

59. A gravidade do crime não é aferida pela pena em abstrato ou pelo regime de cumprimento da pena, mas pela análise da proximidade do bem jurídico tutelado com a dignidade da pessoa humana e pela política criminal de defesa dos direitos fundamentais. Podem ser assim considerados os delitos com tratamento constitucional diferenciado (crimes hediondos, terrorismo, tráfico de entorpecentes, tortura, racismo e ação de grupos armados), os crimes praticados por organizações criminosas, a macrocriminalidade, dentre outros.

60. A gravidade do crime, como critério isolado para admissão de uma prova ilícita, deve ser excepcional. Regra geral, violações dolosas e sérias a direitos fundamentais do

acusado, que maculem a justiça do julgamento, devem ser excluídas. Tal critério terá aplicação conjunta com os demais critérios e, de forma isolada e subsidiária apenas em situações extremas.

61. Se a conduta policial é realizada em estado de necessidade ante a urgência da intervenção para evitar um crime grave, deve-se admitir a prova.

62. Se o agente que produziu a prova ilícita foi punido e esta é necessária à prova de um crime grave, deve-se admitir a prova, por ausência de adequação e necessidade no efeito dissuasório complementar do princípio da inadmissibilidade.

63. Deve-se dar um tratamento processual mais flexível para provas como: interceptação de dados de telemática, violação dos sigilos bancário, fiscal e telefônico, para os requisitos de interceptação telefônica, para a admissibilidade de novo instrumental persecutório (interceptação ambiental, delação premiada, agente infiltrado), para investigação direta pelo Ministério Público e para admissibilidade de provas inominadas.

64. Não deve ser recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro a teoria dos frutos da árvore envenenada como regra geral. Essa há de ser uma exceção a ser aplicada apenas em situações extremas.

65. Não deve haver contaminação de ilicitude por derivação nas violações meramente procedimentais, bem como nas situações em que houver fonte independente, que a descoberta da prova seja inevitável segundo um critério de probabilidade da experiência, bem como quando fatos intermediários possibilitarem a desconexão do nexo de antijuridicidade. Especialmente no último caso, não deve haver contaminação sobre provas testemunhais, ante a “autonomia de vontade dos testemunhos”.

66. As dificuldades de regramento genérico das exceções às proibições de prova permitem a realização de uma ponderação pós-normativa para compatibilizar as previsões legais com as peculiaridades dos casos concretos.

Não se deseja, com o presente trabalho, que o autor seja julgado um arauto das arbitrariedades aos direitos fundamentais. Muito pelo contrário, procurou-se ao longo dele o equilíbrio entre posições extremadas mediante a proporcionalidade.

Espera-se ter demonstrado que a garantia constitucional de inadmissão de provas ilícitas não deve ser lida como um dogma constitucional, mas como um princípio direcionado ao estabelecimento de instrumentos eficazes de proteção aos direitos fundamentais que deve ser contemporizado com a necessidade de uma tutela penal eficiente. Também se espera que os critérios apontados permitam guiar a exegese dos problemas relativos às provas ilícitas, especialmente à luz da excepcionalidade da restrição ao direito à prova. Se a garantia da inadmissibilidade foi criada sob a idéia de uma efetiva realização dos ideais de proteção à liberdade, igualdade e dignidade humana, sua aplicação de forma absoluta e extremada contradiz sua própria finalidade.

Se num momento inicial, a doutrina e a jurisprudência procuraram inclinar-se em direção a uma interpretação mais rígida do dispositivo constitucional, ante a necessidade de afirmar uma cultura jurídica de respeito aos direitos fundamentais, deve-se reconhecer, como o faz Oliva Santos, que “é inteiramente razoável que alterações de dados e de expectativas, assim como necessidades mais intensas, conduzam a mudanças de opção”⁷⁵⁹.

Caso o leitor se indague sobre o que há de sobrar após tantas exceções, respondemos que as exceções apenas confirmam a regra constitucional e delimitam seu alcance à luz dos princípios constitucionais contrapostos. Nossa preocupação foi delimitar ao máximo as hipóteses de exceção exatamente para minimizar os espaços de discricionariedade e proporcionar segurança jurídica. Segundo o pensamento que expomos, as violações graves a direitos fundamentais (como a tortura e a violência policial), sem quaisquer outras circunstâncias, permanecem no âmbito de proteção da garantia fundamental da inadmissibilidade.

Reconhece-se a extrema dificuldade de descobrir o ponto de equilíbrio entre os princípios em colisão na inadmissibilidade das provas ilícitas. No discurso das proibições de prova, segundo Hassemer, "mais do que apostar em impor soluções por demonstração dedutiva,

⁷⁵⁹ OLIVA SANTOS, Andrés de la. Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas. *Tribunales de Justicia, La ley*, n. 8-9, p. 8, ago.-sept. 2003.

este discurso há de empenhar-se em apontar caminhos"⁷⁶⁰. Ainda assim, esses caminhos não de ser recebidos como provisórios, sempre abertos a novos questionamentos que a realidade há de trazer, numa constante dialética. Como afirma Dinamarco, "qualquer tentativa que se faça, precisa vir acompanhada da consciência de sua própria falibilidade do ponto-de-vista lógico, uma vez que superações são inevitáveis"⁷⁶¹.

Se este trabalho não logrou êxito em pacificar entendimentos, mas acabou incrementando as divergências sobre o tema, deve-se recordar a célebre frase de Carnelutti, de que é necessário que "uma pedra se choque contra outra, a fim de que salte a centelha da verdade"⁷⁶². O trabalho está aberto às críticas, já que o tema escolhido é polêmico e intrinsecamente propício às divergências. Espera-se que o processo argumentativo siga por um caminho de racionalidade equilibrada, compreendendo a colisão de princípios existente no tema e a necessidade de sua correta conciliação.

Os estudos ora apresentados quedarão inócuos se não tiverem uma consideração e aplicação pela jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal. A evolução dos limites da garantia encontra-se, assim, nas mãos do Excelso Pretório, que poderá absolutizar perspectivas individuais, ou compatibilizá-la com as demais necessidades do convívio social. Espera-se que o Guardião da Constituição não se esqueça dos interesses da sociedade ao desatar o nó górdio.

⁷⁶⁰ *Apud* COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992, p. 116.

⁷⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 272.

⁷⁶² *Apud* PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal*. 2. ed. São Paulo; RT, 2005, p. 17.

REFERÊNCIAS

ABALOS, Raul Washington. *Derecho procesal penal: cuestiones fundamentales*. Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo, 1993, t. 1.

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: [s.n.], 1998.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1. ed., 3. reimpr. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANYFANTIS, Spiridion Nicofotis. *Da captação de imagens como prova no processo penal*. 2004, 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2004.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10520: informação e documentação: citações em documentos: apresentação*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 6023: informação e documentação: referências: elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 6028: informação e documentação: resumo: apresentação*. Rio de Janeiro, 2002.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2001.

BARANDIER, Márcio Gaspar. A prova ilícita no processo penal: breves comentários. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo: RT, ano 1, n. 2, p. 73-76, abr.-jun. 1993.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. *AJURIS*, n. 68, ano XXIII, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, p. 13-27, nov. 1996.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: *habeas data*, direitos constitucionais e as provas ilícitas. In: _____. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro de; MARTINS, Yves Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1998)*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BENDA, Ernesto. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE. *Manual de derecho constitucional*. Trad. Antonio López Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, 1996, p. 117-144.

BÉNÉDICT, Jérôme. *Le sort des preuves illégales dans le procès pénal*. Lausanne: Pro Schola, 1994.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de Liberdade. In: _____. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Trad. Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: UnB (Coleção Pensamento Político, n. 39), p. 133-170.

BIANCHINI, Alice. Verdade real e verossimilhança fática. *Boletim IBCCrim*, n. 67, jun. 1998.

BÍBLIA SAGRADA. Trad. João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações do direito penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo: RT, ano 6, n. 23, p. 97-109, jul.-set. 1998.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BLOCH, Ernst. *Derecho natural y dignidad humana*. Trad. Felipe Gonzalez Vicen. Madrid: Aguilar, 1980.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e a lição dos clássicos*. Trad. Daniela Baccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BÖCKENFÖRD, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: NomosVerlagsgesellschaft, 1993.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *O campo econômico: a dimensão simbólica da dominação*. Trad. Roberto Leal Ferreira. Campinas: Papyrus, 2000.

_____. A força do direito. In: _____. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004, cap. 8.

BRADLEY, Craig (ed.). *Criminal procedure: a worldwide study*. Durham, Carolina do Norte: Carolina Academic Press, 1999.

BULLÉ GOYRI, Víctor M. Martínez. Dignidad de la persona y derechos: la Constitución Española de 1978. *Boletín mexicano de derecho comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, ano XXI, n. 62, p. 717-748, maio-ago. 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

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

CARRÍO, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 4. ed., 3. reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Garantismo penal aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana nas constituições abertas e democráticas. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). *1988-1998: Uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 103-114.

CASTRO, Marcos Faro de. Universalismo e particularismo como paradigmas da política. In: SOBRAL, Fernanda A. da Fonseca; PORTO, Maria Stella Grossi (orgs.). *A contemporaneidade brasileira: dilemas e desafios para a imaginação sociológica*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001.

CAVALCANTI, José Robalinho. *Sigilo bancário e controle penal diante da criminalidade da globalização: uma necessária reinterpretação constitucional*. 2005. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: RT, 1996.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CONSO; GREVI (org.). *Compendio di procedura penale*. Padova: CEDAM, 2000.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *Filosofia política*, Porto Alegre e Campinas: I & PM, p. 9-25, fev. 1981.

COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo: RT, ano 9, n. 34, p. 9-25, abr.-jun. 2001.

COSTA ANDRADE, Manuel. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA, J. S. Fagundes; BALUTA, José Jairo. *O processo penal à luz do pacto de São José da Costa Rica*. 1. ed., 4. tiragem. Curitiba: Juruá, 2003.

DELMAS-MARTY, Mireille (org.). *Processo penal e direitos do homem*. Trad. Fernando de Freitas Franco. Barueri, SP: Manole, 2004.

_____. (org.). *Processos penais da Europa*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DÍAZ CABIALE, José Antônio; MARTÍN MORALES, Ricardo. *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*. Madri: Civitas, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Fabris, 1996.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, André Dias. A inadmissibilidade de provas ilícitas e a suposta inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade na visão do STF. *Repertório de jurisprudência IOB*, n. 15, caderno 3, p. 408-415, 1. quinzena ago. 2002.

FERNANDES, Fernando Andrade. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista dos Tribunais*, cadernos de direito constitucional e ciência política, ano 1, p. 77-90, out.-dez. 1992.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FIDALGO GALLARDO, Carlos. *Las “pruebas ilegales”*: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

_____. La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas de los Estados Unidos de América. *Tribunales de justicia*, [s.l.]: La ley, n. 5, p. 21-35, mayo 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito processual penal*. 1. ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Ed., 1984, v. I.

_____. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: _____. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 87-136.

FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Trad. Jorge Guerrero. 3. ed. Bogotá: Temis, 1982, t. I.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito a intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey 1998.

GALANTINI, Novella. *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*. Padova: CEDAM, 1992.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: RT, 1997.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madri: Colex, 1990.

GÖSSEL, Karl Heinz. La búsqueda da verdad en el proceso penal: aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales. *Cuadernos de política criminal*, n. 45, 1991.

_____. La prueba ilícita en el proceso penal. *Revista de derecho penal*. Editorial Rubinzal Culzoni, n. I, ano 2001. Disponível em: <http://www.rubinzal.com.ar/revistas/penal/garantias_constitucionales-e_1.htm>. Acesso em: 16 ago. 2005.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. *Tortura e prova no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Disponível em: <<http://www.direitosfundamentais.com.br>>. Acesso em: 12 abr. 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei n. 9276, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GREVI, Vittorio. Prove. In: CONSO; GREVI (org.). *Compendio di procedura penale*. Padova: CEDAM, 2000.

GRILLI, Luigi. *Giudice único e processo penale*. Padova: CEDAM, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.

_____. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

_____.; SCARANCE FERNANDES, Antonio; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *As nulidades no processo penal*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. As provas ilícitas na Constituição. In: TUBENCHALAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo (orgs.). *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 18-32.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: _____ (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 11-29.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed., 2. reimpr. Porto Alegre: Fabris, 2002.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

HAMILTON, Sergio Demoro. As provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do direito. In: _____. *Processo penal: reflexões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 69-90.

HANNIBAL, Martin; MOUNTFORD, Lisa. *The law of criminal and civil evidence: principles and practice*. Essex: Pearson Education, 2002.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo: RT, ano 2, n. 8, p. 41-51, out.-dez. 1994.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

_____. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE. *Manual de derecho constitucional*. Trad. Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 83-115.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KAMISAR, Yale *et al.* *Modern criminal procedure: cases, comments & questions* (Yale Kamisar, Wayne LaFave, Jerold Israel e Nancy King). 10. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2002.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martins Claret, 2004.

LIMA, Marcellus Polastri. *A prova penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro; LOPES, Vera Maria de Nusdeo. Dançando no escuro com o sistema penal. *Boletim IBCCrim*, n. 98, p. 9, jan. 2001.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Sistemas de investigação preliminar do processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José. Prueba y proceso penal: el alcance derivado de la prueba ilícita en la jurisprudencia constitucional. *Revista de derecho y proceso penal*, [Navarra?]: Aranzadi, 1999.

LUCA, Giuseppe de. La cultura della prova e il nuovo processo penale. In: _____. *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1991.

LYNCH, Timothy. In defense of the exclusionary rule. *Cato policy analysis*, n. 319, Washington, Oct. 1998. Disponível em: <<http://www.cato.org./pubs/pas/pa-319.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2005.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito?* 16. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

MACHADO, Agapito. *Questões polêmicas de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antônio. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

_____. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre (org.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 249-266.

MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 57-108.

MALATESTA, Nicola Framariano dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Waleska Giroto Silverberg. [s.l.]: Conan, 1995.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução à filosofia do direito: dos modernos aos contemporâneos*. São Paulo: Atlas, 2002.

MATTA, José Eduardo Nobre. A prova ilícita e o princípio da verdade real no processo penal. In: PACHECO, José Ernani de Carvalho (ed.). *Provas ilícitas*. Curitiba: Juruá, 2004.

MELLO, Rodrigo Pereira de. *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIDÓN, Marcelo Sebastián. *Pruebas ilícitas: análisis doctrinário y jurisprudencial*. 2. ed. Mendoza: Ed. Jurídicas Cuyo, 2005.

MIR PUIG, Santiago. Revisión de la teoría del delito en un estado social y democrático de derecho. *Crimen y castigo*: Cuaderno del departamento de derecho penal y criminología de la Facultad de Derecho U.B.A., Buenos Aires: Depalma, ano I, n. 1, p. 129-132, ago. 2001.

MIRABETE. Julio Fabbrini. *Processo penal*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. As provas ilícitas e a violação do sigilo bancário. In: TUBENCHLAK, James; BUSTAMANTE, Ricardo (orgs.). *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1992, v. 5, p. 171-174.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000, tomo IV.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento em el proceso penal*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 2004.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada*. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2004.

MORAES, Alexandre de. Proibição administrativa e provas ilícitas. *Revista diálogo jurídico*. Salvador, Centro de Atualização Jurídica, n. 12, mar. 2002. Disponível em:

<http://www.direitopublico.com.br/form_revista.asp?busca=Alexandre%20de%20Moraes>.
Acesso em: 22 dez. 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

NERY JR., Nelson. Proibição da prova ilícita — novas tendências do Direito (CF, art. 5º, LVI). In: MORAES, Alexandre (org.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 233-247.

ODESHOO, Jason R. Truth or dare? Terrorism and "truth serum" in the post-9/11 world. *Stanford Law Review*, v. 57 il, p. 209 (47), out. 2004.

OLIVA SANTOS, Andrés de la. Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas. *Tribunales de Justicia*, La ley, n. 8-9, p. 1-12, ago.-sept. 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

OSBORN, Debora. Suppressing the truth: judicial exclusion of illegally obtained evidence in the United States, Canada, England and Australia. *Murdoch University electronic journal of law*, v. 7, n. 4, dez. 2000. Disponível em: <<http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v7n4/osborn74.html>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica*. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Ed., 1999.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

PENTEADO, Jacques de Camargo. O sigilo bancário e as provas ilícitas: breves notas. In: _____ (org.). *Justiça penal: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: RT, 1997, p. 71-106.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Estado de derecho y derechos fundamentales*. 8. ed. Madri: Tecnos, 2003.

PETROVIC, Gajo. Homem e liberdade. In: VVAA. *Humanismo socialista*. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, [s.d.], p. 275-282.

PICÓ I JUNOY, Joan. Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas. *La Ley*, ref. D-19, tomo 1, v.1, 23 jan. 1997.

PIZZI, Willian. Technicalities and Truth: The Exclusionary Rule. In: _____. *Trials without truth*. Nova Iorque, Londres: New York University Press, 1999, cap. 2.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça* Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. Pessoa, valor-fonte fundamental do direito. In: _____. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 59-63.

RIVES SEVA, Antonio Pablo. *La prueba en el proceso penal: doctrina de la sala segunda del tribunal supremo*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: del Puerto, 2000.

_____. Sentido e limites da pena estatal. In: _____. *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 15-47.

RUIZ MIGUEL, Carlos. La dignidad humana: história de una idea. In: VVAA. *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo de Lucas Verdú*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, v. III, p. 1887-1909.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos; IBDC, 1999.

SARDINHA, José Miguel. *O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo: RT, n. 47, p. 60-122, mar.-abr. 2004.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

- SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. In: VVAA. *Os pensadores*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.
- SCARANCE FERNANDES, Antonio. A lei de interceptação telefônica. In: PENTEADO, Jacques Camargo (org.). *Justiça penal: críticas e sugestões: provas ilícitas e reforma pontual*. São Paulo: RT, 1997, p. 48-70.
- _____. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo, RT, 2005.
- SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1993.
- SCHWENDINGER, Herman e Julia. Defensores da ordem ou guardiães dos direitos humanos? In: TAYLOR; WALTON; YOUNG (orgs.). *Criminologia crítica*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980, p. 135-176.
- SEREJO, Lourival. *As provas ilícitas no direito de família*. São Paulo: IOB Thompson, 2004.
- SILVA, César Dário Mariano da. *Provas ilícitas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril de 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.
- SILVA FILHO, Gustavo Carvalho da. Provas ilícitas com ênfase na interceptação telefônica. *Processo penal especial*. Guarulhos: Saraiva, 2001.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista crítica de ciências sociais*, n. 65, p. 12-27, maio 2003.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. As constituições sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). *1988-1998: uma década de Constituição* Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 313-330.
- _____. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

_____. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2001.

STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *A legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TABOSA PINTO, Agérson. La prueba ilícita en el proceso romano. *Revista da OAB-CE*. Fortaleza, p. 13-25, set. 2000.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 2. ed. Madri: Trotta, 2005.

TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. Trad. Daniela Mróz e Alexandra Martins. São Paulo: RT, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 3.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. Mineola NY: The Foundation Press, 1988.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Teoria do direito processual penal*. São Paulo: RT, 2002.

URBANO CASTRILLO, Eduardo de; TORRES MORATO, Miguel Ángel. *La prueba ilícita penal: estudio jurisprudencial*. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 3. ed. Madri: Trotta, 1999.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. [s.l.]: EDERSA, 1979.

Outras referências:

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Jean_Charles_de_Menezes> (Sítio da Enciclopédia Wikipédia).

<<http://www.boe.es>> (Sítio do *Boletín Oficial del Estado* Espanhol).

<<http://www.tribunalconstitucional.es>> (Sítio do Tribunal Constitucional Espanhol).