

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

MARCUS VINICIUS DA COSTA PAIVA

**APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ÀS
PROVAS ILÍCITAS SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**JOÃO PESSOA
2011**

MARCUS VINICIUS DA COSTA PAIVA

**APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ÀS
PROVAS ILÍCITAS SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como pré-requisito para a
obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Universidade Federal da Paraíba.

Área: Direito Penal e Processual Penal

Orientador: Prof. Ms. Gustavo Barbosa de
Mesquita Batista

**João Pessoa
2011**

MARCUS VINICIUS DA COSTA PAIVA

**APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ÀS
PROVAS ILÍCITAS SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Ms. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

**João Pessoa
2011**

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois, sem Ele, nada seria possível: não estaria aqui, hoje, desfrutando de um momento tão importante e especial em minha vida.

Aos meus pais, Joaquim e Mirian, pelo esforço, dedicação, apoio, compreensão e amor, em todos os momentos desta e de outras caminhadas, pois nunca mediram esforços para que eu chegasse até essa etapa da minha vida.

Aos meus familiares, por terem me acolhido, compartilhando momentos de alegrias e superando as tristezas, fazendo com que eu fosse mais forte em cada momento da minha vida.

Aos meus amigos e amigas, companheiros de cotidiano, momento em que destaco Gabrielle, assim como Rafaella e Anna Tereza, companheiras de jornada árdua, por contribuírem, imensamente, para minha formação pessoal e profissional.

A todos os amigos feitos na 3^a Vara da Justiça Federal/PB, pelo enriquecedor aprendizado, não apenas na área do Direito, mas também no meu crescimento profissional nesses dois anos empreendidos.

A todos, que de alguma forma contribuíram para a concretização dessa etapa, os meus mais sinceros agradecimentos.

“Qualquer homem pode alcançar o êxito, se dirigir seus pensamentos numa direção e insistir neles até que aconteça alguma coisa.”

Thomas Edison

RESUMO

A vedação das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal suscita intrigantes questionamentos acerca da eventual adoção da máxima da proporcionalidade, visto que a ascensão dessa teoria alemã aflora dúvidas sobre sua efetiva aplicabilidade, tanto com a finalidade de inocentar o acusado, quanto de utilizar pelo órgão acusatório. Com isso, despontam correntes defendendo os mais variados posicionamentos, ora alicerçados na doutrina e jurisprudência estrangeira, ora sustentado apenas em uma íntima convicção. Contudo, antes, merecerá exame a previsão ou a ausência da vedação de admissibilidade das provas ilícitas nas constituições brasileiras. O sopesamento de valores a que se propõe a proporcionalidade implicará na crítica flexibilização de um direito fundamental tão almejado pelos patronos da socialdemocracia: a vedação das provas ilícitas. A despeito disso, mais conspícuo se apresenta a necessidade humana de provar a inocência, mesmo que, para tanto, lance-se mão de instrumentos ilícitos, situação em que, para alguns doutrinadores, alude à teoria da exclusão da ilicitude, justificável pelo valor tão estimado por todos: a liberdade. No que toca à aplicação da proporcionalidade *pro societate*, o presente trabalho monográfico mostrará que esta é sucessivamente rejeitada por boa parte da doutrina, além de não haver um julgado da Suprema Corte expresso na admissão do teor dessas provas. Logo após, parte-se para análise do garantismo penal e suas implicações, distinguindo o direito penal máximo e direito penal mínimo, concluindo em qual deles os garantistas se sustentam, sem esquecer, obviamente, de mencionar o contexto histórico em que se proliferou a teoria de Luigi Ferrajoli e sua consequente difusão no cenário internacional. Ao final, serão extraídos alguns arremates conclusivos acerca do panorama no qual a questão se encontra inserida hodiernamente no Brasil, levando-se em conta as interpretações doutrinárias dos julgados dos Tribunais Superiores brasileiros que abordaram a temática em tela.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Proporcionalidade. Sopesamento de valores. Flexibilização de direito fundamental. Garantismo Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1 PREVISÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	11
1.1 Histórico da provas ilícitas no Brasil.....	11
1.1.1 <i>Constituição Política do Império de 1824</i>	11
1.1.2 <i>Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil de 1891</i>	11
1.1.3 <i>Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil de 1934</i>	12
1.1.4 <i>Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil de 1937</i>	12
1.1.5 <i>Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil de 1946</i>	13
1.1.6 <i>Constituição da República Federativa do Brasil de 1967</i>	13
1.1.7 <i>Emenda Constitucional nº 1, de 1969</i>	14
1.1.8 <i>Constituição da República Federativa do Brasil de 1988</i>	14
1.2 Conceituação da Prova.....	15
1.2.1 <i>Abordagem sobre a prova legal</i>	17
1.2.2 <i>Diferenciação entre prova ilegal, ilícita, ilegítima e irregular</i>	17
2 VERDADE E PROVA: PREMISSAS TEÓRICAS QUE CIRCUNDAM O TEMA.....	20
2.1 Definição de verdade.....	20
2.1.1 <i>Verdade Substancial e Verdade Formal</i>	21
2.2 O princípio do contraditório.....	23
2.3 O direito à prova e a garantia de ação e de defesa.....	24
3 APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ÀS PROVAS ILÍCITAS.....	26
3.1 Correntes doutrinárias acerca da admissibilidade das provas ilícitas.....	26
3.1.1 <i>Corrente Favorável</i>	26

3.1.2 Correntes Contrárias.....	26
3.1.3 Corrente intermediária.....	27
3.2 Proporcionalidade e aproveitamento das provas ilícitas.....	28
3.2.1 <i>Historicidade e breve conceituação da máxima da proporcionalidade</i> ..	28
3.2.2 <i>Possibilidade de aplicação da Proporcionalidade</i>	29
3.3 Consequência da prova ilícita e da prova ilegítima no ordenamento jurídico brasileiro.....	37
4 APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ÀS PROVAS ILÍCITAS: PRECEITOS GARANTISTAS E POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL.....	39
4.1 Direitos fundamentais.....	39
4.2 Garantismo Penal.....	43
4.2.1 <i>Concepções fundantes e os pilares da teoria garantista</i>	45
4.2.2 <i>Direito Penal mínimo e direito penal máximo</i>	47
4.2.3 <i>Do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli ao Garantismo Penal hiperbólico mononuclear</i>	48
4.2.4 <i>Garantismo e Proporcionalidade</i>	50
4.3 Posicionamento Jurisprudencial.....	51
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

INTRODUÇÃO

Em meio a corriqueiras cenas de práticas delituosas na sociedade brasileira, surgem inquietantes questionamentos acerca das provas e sua possibilidade de utilização no processo penal quando estiverem carreadas por ilicitude. Não são raros os exemplos noticiados pela imprensa em que, a despeito da existência de provas retratadoras da verdade real, impõe-se seu desentranhamento e consequente desconsideração para valorar os fatos em tela.

A previsão constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos gera dúvidas sobre seu aproveitamento em situações excepcionais, trazendo à tona a máxima da proporcionalidade desenvolvida pela doutrina e jurisprudência alemãs. Será que a atual Carta Magna brasileira deixou brechas para sua eventual aplicação, efetivando um sopesamento de valores em questão, para, então, possibilitar a entrada de provas ilícitas nos autos?

Urge ser abordado, ademais, se provas ilícitas estão terminantemente proibidas, a ponto de barrar sua admissibilidade quando tenciona provar a inocência do acusado, isto porque, ao ponderar os valores, depara-se com uma imperiosa desproporcionalidade, caso não haja qualquer viabilidade em sua admissão, visto que se choca com um dos direitos fundamentais mais ilustres da Constituição: a dignidade da pessoa humana.

Historicamente, a previsão da vedação da ilicitude nessas provas simbolizou uma conquista de grande monta, visto que houve tempos em que o Estado impunha suas arbitrariedades sem precedentes, em detrimento de quaisquer direitos e garantias do homem que se pudesse cogitar, de maneira a fomentar apenas a preponderância da força superior. Nesse panorama, o Estado democrático de Direito forneceu direitos e garantias a ser usufruídos pelos cidadãos, tornando-se crítica e peculiar a flexibilização de qualquer direito fundamental, em face do árduo histórico de conquista e embates para que houvesse tal tutela no texto constituidor de um Estado.

Nesse viés, abrolha o Garantismo Penal, irrequieto com a efetiva compreensão dos ordenamentos penal e processual penal em uma interativa sistemática com os princípios, regras e valores de nível constitucional, de maneira a destacar novos paradigmas marcantes nessa matéria. Assim, os garantistas

propõem um Estado minimizador de restrições de liberdades dos indivíduos, assim como um Estado maximizador das expectativas sociais, incumbido também de deveres, a fim atender aos anseios cogentes.

Será inevitável uma minudenciada abordagem conceitual de todos os elementos que circundam essa sistemática vedada, a priori, no que tange à admissibilidade em situações satisfatoriamente justificadas, além da exposição das mais variadas correntes doutrinárias e seus embasamentos nos julgados dos Tribunais Superiores.

O trabalho monográfico foi produzido segundo várias linhas metodológicas, sendo oportuno trazer à baila as que se seguem. Quanto ao tipo da pesquisa: empregou-se a pesquisa do tipo Jurídico-Dogmática Instrumental, com linha de pesquisa relacionada à Tecnologia Social e Jurídica, segundo a qual o tema a ser pesquisado foi localizado no ímo do ordenamento jurídico, sendo a resolução de seus problemas extraída do próprio conjunto de normas que forma o Direito brasileiro; e ao Sentido Jurisprudencial, em que o direito é analisado seguindo as jurisprudências dos Tribunais brasileiros, tendo por objetivo enriquecer o tema em proveito dos aplicadores do direito penal.

No que se relaciona aos métodos a serem desenvolvidos na pesquisa, elegeu-se pela utilização do método de abordagem, baseando-se, fundamentalmente, no método dedutivo, pelo qual o estudo partirá da máxima da proporcionalidade e da teoria do garantismo penal, mediante a análise das diversas normas jurídicas e das jurisprudências, para então solucionar o problema jurídico proposto.

Acerca das técnicas de pesquisa, em relação à coleta de dados para a produção da monografia, adotou-se a pesquisa bibliográfica, mediante o recurso da leitura corrente de manuais, compêndios, artigos de internet, dicionários e pesquisa legal, através do exame da legislação em geral, bem como da jurisprudência nacional, pertinentes ao tema examinado.

Destarte, no primeiro capítulo, foram adequados ao presente estudo como métodos de procedimentos: o histórico, pelo qual se realizou uma análise histórico-jurídica essencial para o entendimento da matéria e o interpretativo ou compreensivo, momento em que se investigou a intencionalidade do legislador ou intérprete ao se criar determinada norma jurídica.

Ao passo em que o segundo capítulo adentrou no liame que separa a verdade real da verdade formal, enquadrando no contexto processual penal, o terceiro capítulo se destinou a estudar o posicionamento das variadas correntes sobre a possível admissibilidade das provas ilícitas, adentrando brevemente na historicidade da proporcionalidade, de maneira a observar toda a sistemática doutrinária no que tange à sua aplicabilidade.

Por fim, no quarto capítulo, a presente monografia teve como grande objetivo analisar a aplicação da teoria do garantismo penal, as concepções fundantes e os pilares da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, tornando-se mister analisar detidamente a jurisprudência sob o ângulo dos doutrinadores que se debruçam sobre o tema tratado.

1 PREVISÃO DAS PROVAS ILÍCITAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 Histórico da admissibilidade das provas ilícitas no Brasil

Torna-se imprescindível analisar a abordagem das provas ilícitas no decorrer das mudanças dos modelos sócio-políticos através das diferentes Constituições adotadas pelo Brasil nos dois sistemas de governo, monárquico e republicano, a fim de compreender a tônica atribuída à valoração processual dessas provas contaminadas.

1.1.1 Constituição Política do Império de 1824

A Constituição política de 1824, outorgada à época ao imperador D. Pedro I, não tratou de forma explícita sobre as provas, embora zelasse para proteger a liberdade, um dos bens mais valorados pelo cidadão. Isso se deu, *ad exemplum*, com a proibição da entrada da polícia nas casas no turno da noite, excetuando-se situações de emergência, ao passo que, durante o dia, já se fazia necessária a ordem judicial.

Apesar de ser uma Constituição outorgada durante uma monarquia absolutista, não se pode negar o intuito de barrar provas que objetivassem transgredir os direitos naturais do homem, tais como a honra, a dignidade e a intimidade, salvaguardando, ademais, o sigilo das correspondências.

1.1.2 Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil de 1891

Diante da proclamação da República, promulgou-se a Constituição Republicana em 1891, de inspiração genuinamente norte-americana, visto que se pautou na adoção do princípio federativo, na forma republicana de governo e na separação dos poderes de Montesquieu.

Na Constituição de 1891, da mesma forma que a antecedente, não constou a previsão das possíveis provas aptas a produzir efeito na investigação da autoria delitiva, seguindo o parâmetro da carta constitucional monárquica que restringiu a entrada da polícia nos recintos a situações emergenciais.

Vale lembrar que sobreveio expressamente o *habeas corpus* no art. 72, § 22¹, havendo, ainda, referência à inviolabilidade do sigilo de correspondência, com possibilidade de interpretação na tutela da intimidade.

1.1.3 Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil de 1934

No ano de 1934, houve a tomada do poder por Getúlio Vargas, promulgando-se, pela Assembleia Constituinte, uma Carta Magna basicamente com o mesmo teor liberal do modelo anterior.

Quanto às inovações, os direitos sociais, com a então abordagem constitucional, tiveram um título específico para a ordem econômica e social. Houve a inovadora previsão do mandado de segurança e da ação popular, além dos dispositivos de revisão e reforma constitucionais.

Acerca da classificação das provas, permaneceu silente nesse ponto, optando por transcrever dispositivos já trazidos pela carta constitucional antecessora.²

1.1.4 Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil de 1937

Em 1937, houve o golpe do então presidente Getúlio Vargas, sustentando-se num ideal de continuidade, iniciando o famigerado Estado Novo.

Com a outorga da Constituição de 1937, algumas mudanças foram sentidas, pois, com a forte influência da Carta Polonesa de 1935, adquiriu-se um teor supressivo, isso porque sua principal identificação passou a ser a redução dos direitos individuais, extirpando o mandado de segurança e a ação popular do texto constitucional, de maneira que, preservou tão-somente o *habeas corpus*.

No que se direciona às provas, a conhecida Constituição Polaca de

¹ Art. 72, § 22 (CR/1891). Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

² Art. 133, § 8º (CR/1934). É inviolável o sigilo da correspondência.

§ 16. A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

§ 21. Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, senão for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora.

1937 não inovou, limitando-se a manter a já tutelada proteção domiciliar e o sigilo de correspondência.

1.1.5 Constituição Republicana dos Estados Unidos do Brasil de 1946

Com o término do Estado Novo, tornou-se iminente a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1946, restabelecendo a independência dos poderes, a autonomia dos Estados e Municípios e eleição direta para presidente da República.

Retornaram os direitos individuais, exterminando-se a censura e a pena de morte, resgatando à Lei Maior, além da ação popular, o mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, em face da ilegalidade ou abuso de poder cometido pela autoridade.

Na mesma toada, essa Constituição também se manteve indiferente à abordagem das provas nos processos judiciais.

1.1.6 Constituição da República Federativa do Brasil de 1967

Considera-se que a Constituição de 1967 foi formalmente votada e promulgada pelo Congresso Nacional, quando convocado extraordinariamente pelo Marechal Castelo Branco. Entretanto, não é despiciendo lembrar que o Congresso Nacional, a essa época, não constituía mais um órgão envolto à sua inteira legitimidade política, tendo em vista as atrocidades perpetradas pelo próprio regime militar.

Frente a isso, os congressistas acabaram por não reconhecer a faculdade de substituição do projeto elaborado pelo Poder Executivo, de autoria do Ministro da Justiça Carlos Medeiros Silva e de Francisco Campos, por outro de feitura do próprio Congresso Nacional.

Dessa forma, embora constassem alguns direitos, reproduzidos das constituições antecedentes, poder-se-ia considerar a promulgação dessa Carta como uma exímia outorga constitucional, considerando a concentração de poderes na União e os inúmeros privilégios auferidos pelo Executivo a despeito dos demais, ferindo gravemente o princípio federativo.

1.1.7 Emenda Constitucional nº 1, de 1969

Com o afastamento do Presidente Costa e Silva, por motivos de saúde, uma junta militar outorgou a Emenda Constitucional nº 1, embora não seja tratada materialmente como emenda, e sim como uma nova Constituição, isso porque tal emenda emergiu um texto reformado na íntegra, alterando, inclusive, a denominação que era apenas “Constituição do Brasil”, passando a ser apresentada como “Constituição da República Federativa do Brasil”.

Houve a incorporação dos dispositivos do Ato Institucional nº 5, de 1968, o qual conferiu poderes aniquiladores ao Legislativo, vejamos: fechamento do Congresso, cassação de mandatos e suspensão de direitos políticos e poder de legislar sobre matéria política, eleitoral, econômica e tributária.

Tal Emenda também não mencionou sobre a licitude das provas, abordando, a exemplo das constituições mais antigas, o sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas e telefônicas, não obstante tal previsão tenha se tornado na prática letra morta no referido período.

1.1.8 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A Constituição de 1988 foi promulgada em tempos de reabertura democrática, com vistas a uma nova realidade social que ressurgia de um período sombrio e sem obediência às liberdades almejadas em um Estado democrático de Direito.

A Constituição-cidadã teve como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo um vasto leque de direitos e garantias fundamentais, amparados por instrumentos que possibilitam sua real efetivação na sociedade, de forma que, a Assembleia Constituinte os inseriu no dispositivo das cláusulas-pétreas.

Sob esse panorama, o traumático período de repressão militar floresceu uma exacerbada preocupação do constituinte com o devido processo legal, pautando-se a democracia nesse aspecto a fim de não deixar brechas às arbitrariedades. Assim, podemos justificar uma Constituição tão prolixa e programática na obstinada intenção do constituinte em envolver as mais diversas áreas na legalidade eminente.

No que circunda a inadmissibilidade das provas ilícitas, pode-se

constatar que, antes da Constituição de 1988, nada foi abordado com afinco, fazendo-se acreditar na possibilidade de seu uso, em prestígio à busca da verdade real. Entretanto, na atual Lei maior, as provas ilícitas são abordadas em seu art. 5º, prevendo a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos.

1.2 Conceituação de prova

A prova, com origem no latim em *probatio*, se perfaz em um elemento integrador da convicção do magistrado com relação aos fatos em questão. Sua significação decorre dos atos de verificação, exame, inspeção, argumentação, isto é, busca-se descobrir a verdade sobre determinado acontecimento, de maneira a persuadir o juiz sobre a proposição suscitada pela parte.

Está imbricado a cada parte demonstrar a sua verdade sobre o ocorrido, cabendo ao autor o ônus das provas com relação aos fatos constitutivos de seu direito pleiteado, ao passo que incumbe ao réu o ônus probatório em relação aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Prova, segundo Cândido Rangel Dinamarco, se constitui no:

"instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inocorrência dos fatos controvertidos no processo", ressaltando que "embora vários temas sobre a prova venham às vezes tratados na lei civil, trata-se de autêntica matéria processual - porque falar em prova significa pensar na formação do convencimento do juiz no processo".³

Primitivamente, a prova estava cercada por superstição, em decorrência da exacerbada visão limitada da vida social pelo homem, de forma que o delito se associava diretamente à ofensa e a aspectos divinos.

No decorrer dos tempos, a evolução da liberdade dos povos nos regimes políticos desaguou no sistema de prova livre, que, a princípio, apresentava ser mais compatível com os posicionamentos filosóficos.

No entanto, surgiram duas implicações. A primeira versava sobre o meio de prova, haja vista que nem todos eram considerados lícitos, devendo haver limitações às arbitrariedades probatórias consolidadas na dignidade humana e no

³ CINTRA, Antônio Carlos de A.; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 310.

respeito aos direitos fundamentais. Segundo, levantou-se uma preocupação acerca da valoração probatória, pois haveria necessidade de uma capacitação multilateral no intuito de desestabilizar qualquer possível tirania judiciária.

O Código de Processo Civil expõe que caberá ao juiz, *ex officio*, a produção das provas somente nas hipóteses em que não opere a teoria do ônus da prova e desde que haja um fato incerto, mas incerteza emergente da prova já produzida, não devendo o juiz sub-rogar-se no ônus subjetivo da parte inerte ou omissa. Portanto, iniciativa probatória do juiz será considerada bem-vinda, mas tem que ocorrer de forma supletiva, isto é, aguardar a iniciativa das partes e agir supletivamente, de modo que se materialize o princípio da cooperação.

Impõe-se pontuar que, no processo penal, o entendimento supra não se aplica sem restrições, pois no âmbito processual penal há previsão de iniciativa instrutória a cargo do julgador, com vistas à incessante busca da verdade real, o que, a priori, poderia parecer uma aberrante inobservância do sistema acusatório.

Vale salientar que milita a favor do magistrado o princípio do livre convencimento, não estando este vinculado a perícias, relatórios ou qualquer outra sorte de conjunto de provas anexada aos autos, de modo que há liberdade em valorar e pontuar diferentemente cada fator inserto ao ocorrido.

Nicola Malatesta, citado por Fábio Munhoz Soares, se manifesta sobre o assunto:

No processo penal, é importante ainda observar que seu objetivo final corresponde em última análise à aplicação da norma de direito penal e, no que diz respeito às provas, tal só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não. Qualquer juízo não se pode resolver senão numa condenação ou absolvição e é precisamente a certeza conquistada do delito que legitima a condenação, como é a dúvida, ou de outra forma, a não conquistada certeza do delito, que obriga a absolvição.⁴

Ademais, embora maciça parte dos doutrinadores defenda a necessidade de comprovação de quase todos os fatos no processo penal, é inconteste a existência de algumas exceções, quais sejam: as verdades axiomáticas, a exemplo de fogo queimar; as presunções legais absolutas, como o menor de dezoito anos ser penalmente inimputável; os fatos inúteis, isto é, aqueles

⁴ MALATESTA, Nicola Framarino *apud* MUNHOZ SOARES, Fábio Aguiar. **Prova ilícita no processo.** Curitiba: Juruá, 2011. p. 48.

não detém qualquer ligação com o fato investigado; e os fatos notórios, ou seja, que são de vasto conhecimento popular.

Torna-se necessário ponderar a distinção entre fatos notórios e fatos inseridos na internet, pois não se confundem, ocorrendo que a simples inserção na internet não conduz diretamente à notoriedade da informação, embora seja este de acesso público.

1.2.1 Abordagem sobre Prova legal

Entende-se por provas legais aquelas elencadas nos códigos processuais e fora destes, contanto que não colidam com os princípios e garantias fundamentais constantes na nossa Lei Maior. Assim, inexistindo o meio de prova indigno, imoral, ilícito ou ilegal, com respeito à ética e ao valor da dignidade da pessoa humana, poderá haver sua admissibilidade processual.

O entendimento comum pleiteia a inexistência de uma predeterminação da modalidade de prova a ser utilizada para demonstração em juízo, mormente haja uma gama de dispositivos limitativos, tais como, a obrigatoriedade da prova pericial quando o crime deixar vestígio, sem possibilidade de suprimento com a confissão do acusado, a necessidade de ser o exame de corpo de delito realizado por perito oficial, a proibição do testemunho de algumas pessoas.

1.2.2 Diferenciação entre prova ilegal, ilícita, ilegítima e irregular

Há uma distinção entre provas ilícitas e ilegítimas. Enquanto que aquelas têm a origem de sua vedação na violação de direitos assegurados às pessoas, de maneira que não importe os fins processuais, as provas ilegítimas guardam uma natureza exclusivamente processual ou substancial, direcionada à finalidade e lógica do processo.

Vale salientar que as duas espécies de provas correspondem a provas ilegais, visto que toda prova ilícita ou ilegítima se constitui em ilegais em decorrência de sua afronta ao ordenamento legal ou constitucional. Assim, a prova será ilegitimamente obtida quando sua proibição se localizar em uma lei processual, ao passo que a prova será ilícita quando a proibição for colocada por legislação de ordem material.

Têm-se como provas ilícitas as obtidas através de tortura ou maus-tratos, com afronta à intimidade, com violação ao sigilo de correspondências, com desrespeito à inviolabilidade de domicílio, entre outros exemplos.

A Constituição hodierna, ao se referir à prova ilícita, aborda a prova vedada de uma maneira ampla, vez que engloba tanto as provas ilícitas quanto as provas ilegítimas. Percebe-se a variedade nominal em que emerge a doutrina, constituindo-se nada mais que uma classificação doutrinária. Eis algumas denominações: prova proibida, prova ilegal ou ilegalmente obtida, ilegitimamente obtida ou proibições probatórias.

Parte da doutrina, no entanto, reafirma a distinção conceitual, de forma a visualizar a prova ilícita como aquela que o vício se perfaz na obtenção da prova, em função de uma norma material, enquanto que, de outra banda, a prova ilegítima se corporifica no vício detectado na produção ou inserção da prova no processo, com infringência a uma norma processual, como por exemplo, o caso da oitiva de testemunha isenta de depoimento em face do dever de sigilo.

O renomado doutrinador e promotor de justiça Paulo Rangel menciona ainda a classificação em prova irregular como aquelas que, apesar de admitidas pela norma processual, ocorreu sua coleta em confronto com as formalidades legais existentes. Isto é, não obstante a permissão, pela norma processual, há a exigência, para sua validade, da obediência de formalidades que não são atendidas.

Dessa forma, tem-se como exemplo de prova irregular a busca e apreensão domiciliar em que, apesar de constar no mandado o objeto específico a ser apreendido, recolhem-se outros materiais que não estavam listados no mandado judicial em questão. Portanto, a prova colhida na residência do acusado sem respaldo judicial será considerada ilícita, não podendo se falar, no caso suscitado, em flagrante delito.

A vedação do caso levantado se corrobora no art. 5º, XI,⁵ da Constituição Federal e no art. 240⁶ do Código de Processo Penal, estando as

⁵ Art. 5º. CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

⁶ Art. 240. CPP. A busca será domiciliar ou pessoal.

formalidades do mandado de busca contidas no art. 243⁷, do CPP.

Não é despiciendo ressaltar que não há permissão para o mandado de busca e apreensão coletivo e genérico, ou seja, apenas um mandado destinado a vassculhar um povoado inteiro, sem proceder à especificação. Idêntico entendimento persiste para comunidades carentes irregulares, visto que a Constituição brasileira protege não só os limites das residências dos bem abastados, mas também todo o território nacional.

Paulo Rangel relembra ainda que prova ilegal é o gênero das espécies prova ilegítima, ilícita e irregular.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:
(...)

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior.

⁷ Art. 243. CPP. O mandado de busca deverá:

I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;

II - mencionar o motivo e os fins da diligência;

III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

§ 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca.

§ 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito.

2 VERDADE E PROVA: PREMISSAS TEÓRICAS QUE CIRCUNDAM O TEMA

2.1 Definição de verdade

Insta analisar minuciosamente o que viria a ser a "verdade dos fatos" prolatada nas sentenças judiciais. Não seria por demais inovador afirmar que as decisões judiciais buscam, de forma incessante, se aproximar ao máximo da verdade, por isso que o magistrado, durante o processo, oportuniza às partes a especificar e produzir as provas necessárias à lide.

Conceituar verdade parece no mínimo desafiador, levando em consideração que cada ser humano denota a verdade sob seu ponto de vista, o qual inevitavelmente avulta favoritismos e antagonismos. Em função disso, alguns doutrinadores ousam frisar que a verdade pertence somente a Deus, cabendo aos homens pormenorizar o que lhe circunda.

A renomada filósofa Marilena Chauí identifica três concepções teóricas de verdade, mediante a abordagem etimológica em três diferentes origens idiomáticas.

Na língua grega, verdade provém de *aletheia*, detendo a significação de "não oculto", "não escondido". Dessa maneira, o verdadeiro corresponde ao que acontece aos olhos do corpo e do espírito, sendo a verdade a manifestação daquilo que é ou existe tal como é.

Fábio Munhoz Soares se debruça com afinco à conceituação provinda da Grécia:

O verdadeiro se opõe ao falso, que é o encoberto, o escondido, o dissimulado, o que parece ser, mas não é o que parece. O verdadeiro é o evidente ou o plenamente visível para a razão. Assim, a verdade é uma qualidade das próprias coisas, e o verdadeiro está nas próprias coisas. Conhecer é ver e dizer a verdade que está na própria realidade, e, portanto, a verdade depende de que a realidade se manifeste, enquanto a falsidade depende de que ela se esconda ou se dissimule em aparências.⁸

Já no latim, verdade transparece através de *veritas*, condizendo com a precisão e exatidão de um relato, em que tem esmiuçados os detalhes do ocorrido. O verdadeiro irá se referir à linguagem enquanto narrativa de fatos acontecidos, de

⁸ MUNHOZ SOARES, Fábio Aguiar. **Prova ilícita no processo**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 37-38.

maneira que se remeta a enunciados que passe exatamente a fidedignidade tal como ocorreu.

A verdade depende, de um lado, da veracidade, da memória e da acuidade mental de quem fala e, de outro, de que o enunciado corresponda aos fatos acontecidos. A verdade não se refere às próprias coisas e aos próprios fatos (como acontece com a *aletheia*), mas, ao relato e ao enunciado, à linguagem. Seu oposto, portanto, é a mentira ou a falsificação. As coisas e os fatos não são reais ou imaginários; os relatos e enunciados sobre eles é que são verdadeiros ou falsos.⁹

Já em hebraico, verdade vem de *emunah*, significando confiança. Nesse sentido, a significação de verdadeiro se direciona a Deus e às pessoas, assim um Deus verdadeiro ou um amigo verdadeiro serão os que cumprem conforme o prometido, sobretudo, mantendo-se fiéis à palavra proferida, nunca se rebelando contra a confiança.

A verdade, nesse caso, diz respeito à expectativa de cumprimento do pacto firmado, isto é, aquilo que se prometeu irá acontecer. O sentido da palavra *emunah* explica bem essa conceituação, isso porque sua origem provém de amém, que significa "assim seja". Logo, a verdade se sustenta na crença alicerçada na esperança e na confiança ao que será ou virá, por isso sua inerente conexão com o divino, em função de isso simbolizar a profecia.

Portanto, em uma apertada síntese, pode-se inferir que *aletheia* se dirige ao que as coisas são, enquanto que *veritas* se remete aos fatos que foram, e *emunah* se refere às ações e às coisas que serão.

Sob esse panorama tridimensional, Marilena Chauí afirma que nossa concepção de verdade se envereda em um resumo dessas três fontes, assim, se refere às coisas presentes (*aletheia*), aos fatos passados (*veritas*) e às coisas futuras (*emunah*), relacionando-se, da mesma forma, à própria realidade (*aletheia*), à linguagem (*veritas*) e à confiança-esperança (*emunah*).

2.1.2 Verdade Substancial e Verdade Formal

É visível que o processo intenta, com a produção de inúmeras provas, a remodelação de momentos pretéritos, pois se busca ao máximo a

⁹ Idem, *ibidem*, p. 38.

aproximação com os acontecimentos à vista das alegações das partes para constatação da verídica situação fática.

No entanto, o alcance palpável da verdade substancial configura-se muitas vezes um aspecto fictício, haja vista as deficiências do aparato estatal de apurar como se deu tal fato, ou mesmo, levando em consideração o elevado grau de abstração que o magistrado necessita atingir para construir uma hipotética visualização de situações que demandem muitas vezes um exacerbado quantum de especificidade técnica.

Caso parássemos para observar o vultoso dispêndio pecuniário dos institutos de perícia com tecnologias de ponta, sem alcançar um parágrafo conclusivo de certeza indestrutível, seria, no mínimo, frustrante, considerando a altíssima carga de responsabilidade depositada nesses departamentos incumbidos de constatações técnico-científicas, mormente não haja a vinculação do juiz com qualquer parecer ou prova acostada aos autos.

Em decorrência, a famigerada verdade formal atingida pelo órgão julgador se constitui em uma verdade possível de ser alcançada, isto em função da existência de limitações do direito à prova a qual se direciona a barrar elementos oriundos de meios de prova ilegítimos, de forma que não possa ser utilizada com fundamento jurídico pelo magistrado.

Com efeito, a premente necessidade de descobrimento da verdade configura-se, sem dúvida, em um dos objetivos do processo, tendo em vista que através da análise, exame ou investigação que encontra a realidade tal como acometida. Apesar dos parcos instrumentos humanos e, inclusive, da impossibilidade de atingimento da verdade absoluta, não se pode abandonar a busca da verdade com aquela justificativa.

No que tange à diferenciação com área processual civil, alguns doutrinadores ousariam em apontar que a incessante busca da verdade material é muito mais atuante no processo penal, em face de uma maior preocupação com os direitos e garantias fundamentais, ao passo que no processo civil parece prevalecer com mais força a verdade formal, fortalecida pelo poder dispositivo das partes no campo probatório.

Todavia, na atualidade, não se admite mais essa linha de pensamento, considerado, inclusive, retrógrado, vez que o direito processual civil também se relaciona com os direitos e garantias fundamentais do ser humano,

situação esta que se observa com maior intensidade no próprio processo penal, bastando enfocar uma das roupagens atribuídas ao Ministério Público, qual seja, a de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado defensora dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Emerge, assim, a preocupação de o Poder Judiciário adotar versões que não compactuem com a verdade factual, em face às vedações impostas pelo legislador à prova, pois o processo deve visar uma ordem jurídica justa, e não uma situação imune a valorações e questionamentos construídos com base na Constituição.

Trazendo como preceito que a justiça simboliza a busca incessante da verdade atingível e legitimada no processo, José Roberto dos Santos Bedaque expressa, sem hesitar, que a expressão verdade formal poderia ser substituída por mentira formal, mantendo integralmente sua significação.

Esse posicionamento se sustenta na afirmação de que a verdade formal se constitui naquilo em que o julgador acredita, isento de qualquer receio da correspondência entre a conclusão final do processo e a realidade fática. Bedaque, então, polemiza:

Se no processo penal vige o princípio da verdade real, o que justificaria afastar a prova ilícita para efeito de tutela condenatória? Será que somente o valor liberdade está acima da garantia constitucional à intimidade? Em nenhuma situação poderia o juiz concluir que o interesse público na condenação do autor de crime realmente hediondo, como tráfico de drogas, é superior ao valor protegido pela vedação à produção dessa prova? Sem falar que esse tratamento diferenciado entre as partes no processo penal também ofende valor constitucionalmente assegurado, qual seja a isonomia.¹⁰

Com isso, aquiescem os críticos da inadmissibilidade das provas ilícitas, acusando-a de obstaculizar o alcance da verdade real, de maneira que a veracidade estaria caminhando gradativamente no sentido contrário ao que se busca atingir.

2.2 O princípio do contraditório

O contraditório possui uma situação de paridade entre as partes,

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 145.

somente podendo ser eficaz caso haja à disposição de ambos oponentes o mesmo potencial de instrumentos a ser utilizado, mediante a possibilidade de contrariar os atos praticados.

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistantes delas. O princípio do contraditório, assim, corresponde ao princípio da igualdade das partes, dentro do processo, que terão as mesmas oportunidades de serem ouvidas, apresentar provas, e influir, enfim, no convencimento do juiz. Mas não se trata de uma mera identificação com a igualdade formal. A igualdade, no processo, é entendida modernamente no seu sentido substancial, de *par conditio*, ou paridade de armas; ou seja, como princípio de equilíbrio de situações, que se revelam recíprocas entre si, da mesma forma que se colocam, no processo penal, as atividades dos órgãos de acusação e de defesa¹¹.

Costuma-se subdividir o princípio do contraditório em informação e participação. A informação às partes sobre os atos processuais praticados se observa a começar da citação, sustentando-se no decorrer dos atos, principalmente através das intimações. Com relação à participação, seu significado de interagir na instrução não deve se limitar apenas à contribuição restrita às provas, mas se estender também às atividades de todas as fases do processo.

A definição de Trocker como "direito ou possibilidade de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e sobre o resultado do processo" ¹² reforça a ideia de permanente influencia no processo, conferida pelas constantes intervenções da defesa e acusação.

2.3 O direito à prova e a garantia de ação e de defesa

Torquato Avolio expressa ainda as lições de Trocker:

A atividade probatória, segundo TROCKER, representa o momento central do processo. Estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa a oferecer ao juiz a demonstração da verdade dos fatos deduzidos ou levados ao conhecimento em juízo - ou, mais precisamente - de um tal grau de *verosimiglianza* de modo a poder excluir razoavelmente as incertezas - e assume, portanto, uma importância fundamental para a formação do provimento jurisdicional¹³.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, *apud* TORQUATO AVOLIO, Luiz Francisco. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 32-33.

¹² TROCKER *apud* TORQUATO AVOLIO, Luiz Francisco. Op. cit., p. 34.

¹³ Idem, ibidem, p. 35.

Há uma estreita relação das provas com o direito de ação e de defesa, basta analisar que a oportunidade de interferir sobre o desenvolvimento e êxito do julgamento se alia ao vasto leque de instrumentos disponíveis, quais sejam as provas, vez que é através delas que se verifica perante o magistrado a realidade fática.

O ilustre estudioso Trocker constatou que o direito à prova traz em sua origem a evolução jurisprudencial, notadamente nos tribunais alemães, com prosseguimento na Itália, onde desenvolveu com proeminência.

3 APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ÀS PROVAS ILÍCITAS

3.1 Correntes doutrinárias acerca da admissibilidade das provas ilícitas

3.1.1 Corrente Favorável

Há aqueles que defendem a permanência das provas ilícitas nos autos, alegando que não seria compreensível a inutilização de provas apenas por existência de fraude em sua coleta, com isso, a desconsideração de relevantes elementos entraria em confronto com a busca da verdade real. Os defensores desta teoria são, em suma, adeptos da escola da verdade.

Tal corrente favorável ao aproveitamento do teor dessas provas sustenta que sua ilicitude não terá o condão de impedir o maior interesse do processo, qual seja a verificação da verdade pelo órgão julgador. Contudo, seriam retiradas do processo as provas ilegítimas, isto é, as provas que infringiram normas de caráter processual.

Destarte, as provas que violaram normas de direito material não seriam descartadas, sem prejuízo, entretanto, das sanções adequadas aos responsáveis por sua produção. Põe-se em questão a autonomia do direito material e processual, por isso a punição daquele que procedeu à obtenção de forma contrária à legislação e sua simultânea utilização da prova contrária ao direito material.

O processualista italiano Franco Cordero, grande exponencial da admissibilidade das provas ilícitas, sintetiza seu pensamento ao proferir que o mal colhido no momento material pode ser bem conservado no momento processual.

3.1.2 Correntes Contrárias

Podemos subdividir as correntes contrárias à admissibilidade das provas ilícitas em três. Todas são identificadas pelo ideal de moralidade do Estado e pelo temor da ofensa aos direitos e garantias fundamentais.

A primeira corrente se posiciona pela inequívoca inadmissibilidade das provas ilícitas, vez que o ordenamento jurídico é único, não comportando

diferenciações com relação às áreas em que se encontram. Significa que a violação ao direito não deve se partir em material ou processual, evitando distintos julgamentos.

Para melhor entendê-lo, vejamos ensinamento da ilustríssima Ada Pellegrini Grinover:

(...) 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 obtido ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza¹⁴.

Ao passo que a segunda corrente se sustenta na moralidade estatal no que tange à prática de seus atos, pois seria ilógico ver atitudes provindas do Estado no sentido de transgredir o direito à liberdade e à intimidade. A despeito da presunção de legalidade dos atos estatais, seria repugnantevê-lo adotar medidas contrárias ao que preceitua o Estado democrático de direito. Isso implicaria em nulidade, invalidade e ineficácia do ato na seara processual.

A terceira corrente relata que toda prova ilícita contraria a Constituição Federal, tendo em vista que ofenderia valores fundamentais, não devendo subsistir em qualquer área jurídica.

3.1.3 Corrente intermediária

Cabe citar ainda a corrente intermediária que aparece como alternativa ao extremismo das outras correntes, por estas ou inadmitirem sem exceções o aproveitamento das provas ilícitas ou por adotarem uma liberdade do direito probatório que põe em cheque o regime democrático de um Estado.

Surge, então, como cerne dessa corrente a máxima da proporcionalidade, a qual propõe estabelecer uma valoração dos bens jurídicos postos em debate, visto que nenhuma garantia constitucional tem valor absoluto capaz de se sobrepor indistintamente a qualquer outro bem tutelado pela Carta Magna.

Essa corrente intermediária reconhece o amparo constitucional de

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 142.

vedação das provas ilícitas, embora pleiteie, em situações excepcionais, o sopesamento dos valores fundamentais em tela, a fim de salvaguardar o interesse mais importante.

No Brasil, não há previsão expressa da proporcionalidade, embora boa parte da doutrina seja incisiva em afirmar que há fundamento constitucional desta no seu art. 5º, inciso LIV¹⁵, isto porque a legislação deve ser razoável, devendo haver equivalência entre “o fato antecedente da norma jurídica criada e o fato consequente da prestação ou sanção, tendo em conta as circunstâncias que motivaram o ato, os fins perseguidos com ele e meio que, como prestação ou sanção, estabelece a dito ato”¹⁶.

3.2 Proporcionalidade e aproveitamento das provas ilícitas

3.2.1 Historicidade e breve conceituação da máxima da proporcionalidade

Foi na Alemanha que o princípio da proporcionalidade se desenvolveu com mais propriedade, admitindo exceções à proibição geral de admissibilidade das provas obtidas inconstitucionalmente, em face ao princípio do balanceamento dos interesses e dos valores e ao princípio da proporcionalidade entre o meio empregado e a finalidade pretendida.

A doutrina e jurisprudência alemãs deram um peculiar enfoque aos valores a serem sopesados, valorando caso a caso se a prova em questão era passível de ser excluída, considerando a situação hipotética de ser a única existente e disponível nas circunstâncias fáticas.

Apesar de não demonstrar o atual teor do que vem a ser a teoria da proporcionalidade, a corte alemã, tempos atrás, aplicou a regra de exclusão ao considerar, numa causa de divórcio, razoável a conduta do marido, que, sem a ciência da esposa, gravara durante anos as brigas domésticas do casal, admitindo no processo todas as suas reproduções em fitas.

A justificativa adotada para a admissibilidade nessa situação fática

¹⁵ Art. 5º. CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

¹⁶ BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 147.

foi a de que o marido não dispunha de outro meio probatório para constatar os acontecimentos familiares durante aqueles anos. Posteriormente, o tribunal de Berlim confirmou sua decisão, motivando, dessa vez, na “alta meta da busca da verdade”.

Todavia, mais tarde, a própria Suprema Corte alemã admitiu que a privacidade do indivíduo como valor extremamente importante não poderia ser sacrificado sem objeções à márgua do interesse particular de comprovar determinado fato.

Sendo o exercício do poder limitado, somente será justificado restringir direitos individuais por razões de necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido. Por isso, subdivide-se a proporcionalidade em três subcategorias: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na adequação, dever-se-á questionar se a medida adotada é idônea a atingir o fim proposto, isto é, a relação meio e fim que está no cerne da questão. Quanto à necessidade, dentre as medidas idôneas a atingir o fim proposto, deve-se optar pela menos gravosa. Já a proporcionalidade em sentido estrito, tenciona sopesar os valores em conflito, a fim de que prevaleça o de maior relevância.

Segundo o processualista Freddie Didier Jr., a classificação de proporcionalidade é distribuída em três correntes. A primeira enquadra-a como princípio, sendo esta adotada por ampla maioria. A segunda classifica a proporcionalidade como regra, sendo Virgílio Afonso da Silva seu grande defensor. Ao passo que a terceira corrente, alega rotulá-la como postulado, possuindo Humberto Ávila como seu causídico. Note-se que o postulado trata-se de uma norma sobre norma, isto é, uma norma disporá como as normas devem ser aplicadas. Com base nesse quadro doutrinário, o presente trabalho monográfico preferiu adotar a expressão “máxima”, como também preceitua Didier Jr., como maneira de abarcar uma maior abstração.

3.2.2 Possibilidade de aplicação da Proporcionalidade

Em face do conflito de interesses presente na sociedade, pode-se observar que os duelos existentes hão de desembocar num atrito da convivência social, tornando premente a necessidade de se atingir um equilíbrio no ordenamento jurídico, isto porque, em sendo a coletividade o destinatário dessas normas, haverá

a proteção de um interesse em detrimento de outro.

Mesmo considerando a ponderação dos princípios constitucionais considerados conflitantes, inevitavelmente ocorrerão incompatibilidades no exercício desses direitos, a ponto de ocasionar o aniquilamento de um, e a tutela de outro no mundo fático, como por exemplo, alguns direitos capitulados no art. 5º da Carta Magna, o direito à livre informação e o direito à imagem e à intimidade, o direito à segurança pública e o direito à liberdade individual, dentre vários outros.

Entretanto, deve haver a aplicação do critério hermenêutico mais apropriado a resolver essas tensões da órbita constitucional, a ponderação de bens. Este mecanismo visa sopesar as circunstâncias do caso concreto e aplicar ambos os princípios em conflito, com uma mútua atenuação, mas na medida necessária a tornar possível a imperiosa proteção de um direito, sem exterminar a existência do outro. Isso nada mais é que a famigerada proporcionalidade.

Há décadas, Beccaria já mencionava a proporcionalidade das penas como um alvo a ser alcançado, tendo em vista o nível de degradação e crueldade das penas à época. Por fim, foi no Direito Administrativo que o princípio da proporcionalidade ganhou espaço na hermenêutica jurídica com proeminência, momento em que sobressaiu a limitação do excesso de poder.

A inadmissibilidade constitucional das provas ilícitas no direito brasileiro provém originariamente da experiência norte-americana, onde, todavia, admitem-se de maneira excepcional as provas ilícitas, com justificativa na razoabilidade. Essa razoabilidade, com relação à excepcional admissão das provas ilícitas, tem o mesmo sentido do princípio da proporcionalidade.

Com efeito, a vedação das provas ilícitas pode gerar situações de grande desproporção, caso a considere como garantia absoluta, obstaculizando, de certa forma, a proteção do sujeito passivo do delito, visto que, de uma maneira ou de outra, protege-se o direito violado, barrando peripécias no desenvolvimento das provas.

Eugenio Pacelli de Oliveira entende que essa questão é, efetivamente, uma das mais complexas e problemáticas do processo penal, pois o mesmo acredita que isso ocorra, sobretudo, pela impossibilidade de se fixar qualquer critério minimamente objetivo para o aproveitamento da prova ilícita, pela aplicação da proporcionalidade.

Assim, a ideia primordial se encontra no ordenamento constitucional.

Com vistas às razões atribuídas à vedação da ilicitude das provas, vislumbra-se o cerne da questão. Portanto, como o Estado é responsável pela produção probatória, assim como lhe incumbe o *jus puniendi*, se existisse um parâmetro determinado e objetivo, existiria certo estímulo à prática da ilegalidade, diante do possível aproveitamento da prova em tela.

Nestor Távora defende a suscitação do princípio da proporcionalidade essencialmente para preservar os interesses do acusado. Nesse viés, profere o seguinte entendimento:

Na ponderação axiológica, a violação legal para produção probatória, quando estritamente necessária, só se justifica para manutenção do status de inocência. Sabe-se, contudo, que já se tem invocado o princípio em exame para tutelar os interesses da acusação (*pro societate*). A nosso ver, é uma contradição em termos, pois se é sabido que algumas modalidades de atividade criminosa exigem um aparato de produção probatória mais eficiente, como a realização de interceptação telefônica, a quebra de sigilos, a infiltração de agentes, etc., estas ferramentas devem ser utilizadas nos estritos limites da lei. Não se justifica a quebra de garantias constitucionais, num Estado fora da lei, na busca do combate ao crime¹⁷.

Aury Lopes Jr., nesse mesmo sentido, entende que a ponderação de interesses pode gerar uma instabilidade de garantias, fornecendo meios para prática de arbitrariedade e constantes manipulações por parte de quem interessar.

Ao passo que, Eugênio Pacelli entende que, a depender da situação concreta, é possível a utilização dessas provas consideradas ilícitas. Dessa forma, este aponta uma situação em que não dispensaria seu aproveitamento: quando não houver risco à chamada aplicabilidade potencial e finalística da norma de admissibilidade.

Entende-se por aplicabilidade potencial e finalística a direta relação com o controle da atividade do Estado em produzir as provas no campo processual penal, como bem dispõe a norma do art. 5º, LVI¹⁸, da Carta Magna. Portanto, basta não haver um estímulo ou imediata participação estatal na produção de uma ilegalidade probatória que se poderia utilizar o princípio da proporcionalidade.

Para tanto, vejamos um fático exemplo que atingiu a mais alta Corte

¹⁷ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. 360.

¹⁸ Art. 5º. CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

de Justiça brasileira, através do Recurso Extraordinário nº 251.455/GO:

PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90,ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º,LVI).- A cláusula constitucional do due process of law encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal.- A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.- Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709),mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º,XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). (...) ABUSO SEXUAL CONTRA MENORES. NULIDADES: PREJUÍZO INDEMONSTRADO. SENTENÇA. PROVAS ILÍCITAS E ILEGÍTIMAS. CONSERVAÇÃO DA PARTE IMACULADA. ABSOLVIÇÃO DAS IMPUTAÇÕES QUE DELAS DEPENDAM. CORRELAÇÃO ADEQUADA ENTRE A SINTÉTICA DENÚNCIA E A CONDENAÇÃO BASEADA EM ELEMENTOS DOS AUTOS.PENA: DIMINUIÇÃO.- Não basta a simples indicação de nulidades relativas,cobra-se para sua declaração, além da prova do prejuízo, a impugnação congruo tempore.- Fotos surrupiadas de seu proprietário, que atentem contra a intimidade, direito constitucionalmente reconhecido, são imprestáveis para sustentar um provimento condenatório, pois ilícitas, devendo ser retiradas dos autos e devolvidas. Não aproveitável é, ainda, a ilegítima perícia de verificação do local do delito, realizada em desacordo com a legislação penal.- Sendo o processo uma seqüência coordenada de atos, no seu aspecto extrínseco, devem prevalecer aqueles atos não atingidos pelos viciados, preceitua o artigo 793, § 1º,Código de Processo Penal, inclusive a sentença (ato múltiplo), em consonância com o princípio da conservação dos atos jurídicos.- Com o expurgo das provas ilícitas e ilegítimas, deve prevalecer o provimento condenatório que guarda correlação com a sintética denúncia, somente quanto a uma das imputações, estribada nos elementos dos autos, consubstanciados na palavra coerente e concatenada da vítima em ambas as fases da persecução penal, roborada pelas confissões extrajudiciais dos réus e demais provas documentais.- Merece diminuição a pena imposta, considerando várias condutas, por não mais existirem no mundo do

processo.- Apelação parcialmente provida.¹⁹

Observa-se que imperou a absolvição do réu em segunda instância, sendo confirmado o resultado, posteriormente, com a rejeição do recurso em questão, com fundamentação sustentada na inadmissibilidade da prova ilícita em decorrência da infringência à inviolabilidade do domicílio do sujeito.

Com isso, escolheu-se tutelar a proteção domiciliar do acusado, garantia individual constitucionalmente assegurada, em detrimento da violação abominável dos direitos fundamentais de menores que tiveram suas vidas esfaceladas por terríveis condutas, escamoteando, por exemplo, direitos à segurança, à proteção da incapacidade e à intimidade.

Não são poucos os doutrinadores críticos da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, vez que houve àquele tempo o desperdício de chancelar uma peculiar aplicação do ideal da proporcionalidade, ainda mais porque havia um desigual balanceamento de valores jurídicos que, se não analisados criteriosamente, não impediria qualquer continuidade da conduta criminosa contra as indefesas crianças.

Ademais, a inadmissibilidade das provas ilícitas in casu, conclui Pacelli, não cumpriu qualquer um dos propósitos finalísticos. Primeiro, tendo como parâmetro a inibição e a intimidação de ilegalidades pelos setores estatais incumbidos da produção da prova, a garantia dessa inadmissibilidade em nenhum aspecto atingiu seu fim. Outrossim, em nenhum momento foi identificada qualquer arbitrariedade policial, por não ter sido o Estado o produtor das provas em tela, ao contrário, um particular que se encarregou de produzir as provas necessárias à persecução penal do sujeito ativo.

De outra banda, a aceitação pelo Estado das provas ilícitas adquiridas pelo particular não pode ser identificada como abuso de poder ou como incentivo à prática abusiva. Põe-se, então, em debate a impossibilidade de se fazer diferenciações entre as provas ilícitas obtidas pelo Estado e as produzidas por uma parte independente. É nítido que deve haver sim um respeito mútuo dos direitos da personalidade, tanto na relação com o Estado, quanto no âmbito entre os particulares.

¹⁹ RE nº 251.455/GO, Rel. p/ acórdão. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2000, DJ 03/08/2000.

No entanto, renomados autores como Marinoni e Arenhart defendem que deve haver a aplicação do juízo da proporcionalidade justamente nas situações em meio a um conflito entre princípios constitucionais de mesmo patamar.

Desta forma, esse critério de proporcionalidade deve circundar não só a assimilação de uma tensão entre os princípios de ordem constitucional concernentes à efetiva proteção de direitos fundamentais, mas também a elaboração de parâmetros objetivos, na medida do possível, onde a preferência por um dos princípios não provoque a inaplicação do outro.

Robert Alexy aborda, em sua teoria dos princípios como mandamentos de otimização, que a sua aplicabilidade poderá ser dar seguindo níveis de efetividade, de forma a proporcionar o convívio tranquilo entre os que participam do ordenamento jurídico. Assim, diante da relativização em face das possibilidades jurídicas, a colisão entre uma norma de direito fundamental com caráter de princípio e um princípio antagônico implicará em um sopesamento de forma a permitir a realização daquela norma.

Já com relação ao autor da violação do domicílio, não havia qualquer razão para sua responsabilização dos atos em questão. Eugênio Pacelli é enfático ao criticar essa jurisprudência, salientando o não comprometimento da função investigatória penal.

Situa-se nos Estados Unidos a origem da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas, e, com seu amadurecimento, o direito norte-americano passou a aceitar, sem vultosos impedimentos, a prova ilícita alcançada pelo particular, uma vez que sua fundamentação se sustenta justamente na finalidade da proibição em captar prova ilícita, isto é, a inexistência de estímulo ou participação do Estado produtor de provas em obter tal material probatório.

Sobre a proporcionalidade, Humberto Ávila emite sua linha de pensamento:

Proporcionalidade não se confunde com a ideia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (entre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção

do meio?²⁰.

Torna-se útil analisar o célebre caso de extradição de uma artista mexicana do território brasileiro que afirmou ter sido vítima de estupro nas dependências da Polícia Federal, situação esta que levou o Supremo Tribunal Federal à época a deferir o exame de material genético da placenta daquela. Ocorre que o recolhimento do exame de DNA se deu sem a autorização da mexicana, fundamentada na premente ponderação entre os valores constitucionais em debate.

Entretanto, a aplicação da máxima da proporcionalidade na produção da prova, neste caso, nos leva a algumas conclusões. Primeiramente, não havia lei brasileira que corroborasse o exame de material genético contra a vontade do possuidor do material colhido. Em segundo, não existia legislação que anuísse com a autorização pelo Judiciário de uma criação de meios de provas não previstos anteriormente. Por último, poder-se-ia considerar a prova coletada com a vítima do delito em tela ilícita, em face do meio de prova utilizado.

Diante disso, o Egrégio STF empregou o critério da proporcionalidade a favor da acusação e no intuito de aceitar a prova sem previsão legal, sendo, assim, inadmissível, a priori. No entanto, Pacelli concorda com o posicionamento adotado *in casu*, isso porque a intervenção advinda com a prova não infringiu a integridade física da vítima. Portanto, os defensores da posição adotada alegam ser conveniente a proporcionalidade, visando sempre justa aplicação do Direito.

A jurisprudência hodierna vem proferindo aos poucos decisões favoráveis à utilização da proporcionalidade, com vistas ao avanço doutrinário e dos tribunais nesse tema. No que tange à gravação de diálogos por uma das partes sem o consentimento do outro, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já se posicionou, com certa frequência, favoravelmente à adoção daquela máxima.

Acerca da utilização da prova ilícita *pro reo*, Pacelli não prevê maiores obstáculos à sua inequívoca admissibilidade no processo:

A prova da inocência do réu deve sempre ser aproveitada, em quaisquer circunstâncias. Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente. Em tal situação, a jurisdição, enquanto Poder Público, seria, por assim dizer, uma contradição em seus termos. Um paradoxo jamais explicado ou

²⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 161.

explicável²¹.

Frente a uma situação conflitante entre bens jurídicos previstos no ordenamento, Nestor Távora, por sua vez, considera que o intérprete deve atribuir maior proeminência àquele mais elevado. Nessa toada, estando o direito de punir do Estado e a estrita legalidade na produção das provas de um lado, e o direito de liberdade do acusado de outro, este *status libertatis* deve se mostrar superior na demonstração de sua respectiva inocência, mesmo que a prova seja ilícita, utilizando-a em seu favor.

Portanto, a liberdade de locomoção contrastada com a inviolabilidade do domicílio, *ad exemplum*, seria avaliada e considerada razoável, por sua vez, a violação domiciliar, com o fim de resguardar a liberdade de locomoção do réu. Sua razão de ser se perfaz na inviabilidade em interpretar as normas constitucionais como absolutas, sendo a ponderação aqui valorada de forma coerente, sem receber vultosas objeções.

Ademais, o aproveitamento da prova ilícita *pro reo* indica, de certa forma, um critério objetivo da proporcionalidade, visto que a infringência de direitos destinados a provar sua respectiva inocência merece ser valorada à categoria de estado de necessidade, causa excludente, portanto, da ilicitude. Outrossim, o famigerado princípio da inadmissibilidade da prova ilícita, perfazendo uma garantia individual expressa, não poderia ser aproveitado contra seu originário titular.

Luiz Francisco Torquato Avolio também aborda esse tema, disponde que quando a prova ilícita é coletada pelo próprio acusado, a ilicitude deve ser eliminada em função das causas de justificação legal da antijuridicidade, a exemplo da legítima defesa. Dessa maneira, perante as excludentes de ilicitude, a prova reputada ilícita deverá ser considerada lícita, válida e possuidora de valor. Assim sendo, a ilicitude em questão é apenas aparente.

Ada Pellegrini, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho aduzem que essa linha de raciocínio não foge ao que pressupõe a máxima da proporcionalidade, sendo praticamente unânime em reconhecer a possibilidade de utilização das provas ilícitas em benefício ao réu, mesmo que proveniente de infringência a direitos fundamentais de terceiros, isso porque há objetivo de evitar

²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 312.

uma condenação descabida.

É interessante observar Nestor Távora salientar que a prova ilícita aproveitada na demonstração da inocência não pode adquirir uma extensão a ponto de prejudicar terceiros, sendo tais efeitos restritos ao alcance da inocência, pois seria inapropriado utilizar esta prova no intuito de demonstrar a culpa alheia. Deduz-se que provada, de forma ilícita, a inocência com base na autoria alheia do delito, não poderá haver sua utilização para incriminar o verdadeiro autor.

Paulo Rangel adota para a problemática em tela uma solução díspar. Relata que a doutrina pátria se envereda por um caminho diferente, pelo fato de enquadrar tal dilema na exclusão de ilicitude, assim como entende Torquato Avolio.

Essa teoria da exclusão da ilicitude, defendida por Paulo Rangel e direcionada por Afrânio Silva Jardim, rejeita a ilicitude, porque alega que o réu estaria agindo de acordo com o direito, e não de forma contrária. Assim, estaria o réu atuante em legítimo estado de necessidade justificante.

Portanto, a inadmissibilidade da prova ilícita adquire nesta seara, sem hesitar, um caráter relativo.

Sob esse panorama, a aplicação da proporcionalidade à luz do direito de defesa, garantido pela Constituição, e de maneira especial na seara processual penal, é praticamente invencível, tendo em vista sua justificação no intuito de aproveitar a prova a favor do acusado. Assim, a concepção da prova ilícita utilizada *pro reo* não encontra maiores divergências nem na doutrina nem na jurisprudência.

3.3 Consequência da prova ilícita e da prova ilegítima no ordenamento jurídico brasileiro

Paulo Rangel expõe que, quando existente uma prova obtida por meio ilícito no processo, deverá ser imposta a nulidade desta desde o instante de sua admissão. Estará impossibilitado o juiz de valorar esta prova na sentença, e caso o faça, além de violar o dispositivo constitucional de inadmissibilidade das provas ilícitas, estará incorrendo também em vício na fundamentação da sentença, visto que estará alicerçada em prova ilegal.

Desta forma, a decisão com motivação em prova ilegal deverá ser impugnada por recurso cabível, suscitando a nulidade daquele pronunciamento

judicial no próprio mérito, assim, a nulidade, que era preliminar no processo, torna-se mérito no recurso.

De outra banda, o docente Renato Brasileiro narra que, em havendo prova ilícita nos autos, haverá o direito de exclusão dessa prova (*exclusionary rule*), sendo materializado pelo desentranhamento. Diferentemente, a prova ilegítima sofrerá consequência díspar, vez que quando uma regra processual é violada, resolver-se-á pela teoria das nulidades.

Não é despiciendo lembrar a conceituação das provas ilícitas trazida pelo Código de Processo Penal, em seu art. 157, caput²², pois, acabou por diferir da definição sustentada por parte da doutrina. *In casu*, ao se mencionar a violação a normas constitucionais ou legais, não ocorre qualquer diferenciação quanto à infringência às normas de direito material ou às de direito processual.

O penalista Luiz Flávio Gomes alega que, com esse texto legislativo, um novo conceito de provas ilícitas surgiu, passando as provas ilícitas a englobar a violação às regras de direito processual e material. Nessa linha de entendimento, desponta o desentranhamento destas, sem diferenciação das regras consideradas.

Nesse painel, duas alternativas são apontadas. Ou considera a passagem “provas ilícitas” uma referência às provas ilegais, haja vista que não houve restrição desse tipo de provas à violação de regras de direito material. Ou adota-se o posicionamento de que o art. 157 intencionou não atribuir discrepância à norma legal, seja de cunho material ou processual, qualquer violação ao devido processo legal conduzirá à ilicitude da prova.

²² Art. 157. CPP. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

4 APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE ÀS PROVAS ILÍCITAS: PRECEITOS GARANTISTAS E POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

4.1 Direitos fundamentais

José Joaquim Gomes Canotilho aborda quatro funções dos direitos fundamentais, quais sejam: defesa da pessoa humana ou de sua liberdade perante os poderes do Estado, de prestação social, de não discriminação e de proteção perante terceiros.

De acordo com o supracitado renomado doutrinador, a função de direitos de defesa dos cidadãos se desdobra em duas perspectivas. Primeiramente, a jurídico-objetiva, fazendo alusão às “normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual”, e após, vem a concepção jurídico-subjetiva, provindo “do poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.²³

Enquanto que Robert Alexy, apesar de tratar sobre as espécies de direitos fundamentais, também aponta a função que exercem, sendo os direitos de defesa subdivididos em direitos a não impedimento - e não obstaculização - de ações, direitos a não afetação de propriedades e situações e direitos a não eliminação de posições jurídicas.

De outra banda, Gilmar Mendes, sobre os direitos de defesa, enumera as pretensões que o cidadão dispõe contra as arbitrariedades do Estado em sua liberdade individual, sendo: pretensão de abstenção, pretensão de revogação, pretensão de anulação, pretensão de consideração, sendo esta o dever do Estado de considerar a situação *in casu* atingida, e a pretensão de defesa ou de pretensão, isto é, o dever do Estado de agir contrariamente a terceiros quando a situação tornar-se crítica.

Ainda sobre direito fundamental, Gilmar Mendes conceitua-o em direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Vejamos:

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 408.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático²⁴.

A função de defesa dos direitos fundamentais não se limita apenas ao poder de exigir do Estado uma abstenção, muito pelo contrário, pois, em havendo infringências ou violações no círculo de direitos dos indivíduos, há outras pretensões e faculdades a serem exercidas. José Carlos Vieira de Andrade expõe perfeitamente essa lição, ao expressar que os direitos de defesa não se circunscrevem apenas às faculdades de impedir, mas também, em havendo ingerências ilícitas, induzirá direito e dever de suspensão das eventuais intromissões ilegítimas, além do direito e dever de reposição da situação fática antecedente ou da extermínio dos resultados já ocorridos em face das violações.

Continua José Joaquim Gomes Canotilho afirmando que a função de prestação social se define no direito do particular de conseguir determinado anseio concretizado pelo Estado, tais como segurança social, educação, saúde, trabalho, dentre outros tantos direitos assegurados pelas Constituições.

No que tange à função de não discriminação, provém do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos previstos na Constituição, perfazendo, nada mais que, a função de garantir que o Estado não adote medidas discriminatórias entre os indivíduos, sendo estes cidadãos fundamentalmente iguais.

E finalmente, a função de proteção perante terceiros é assim abordada por Canotilho em sua lição:

Muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais. Neste sentido o Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos (é a ideia traduzida pela doutrina alemã na fórmula *Schutzpflicht*). O mesmo acontece com numerosos direitos como o direito de inviolabilidade de domicílio, o direito de proteção de dados informáticos, o direito de associação. Em todos estes casos, da

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional.** Disponível em <http://www.georgemlima.xpg.com.br/mendes.pdf>. Acessado em 25 mar 2011.

garantia constitucional de um direito resulta o dever do Estado de adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante atividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros. Daí falar-se da função de proteção perante terceiros.²⁵

Para Ingo Wolfgang Sarlet, acerca do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, competirá ao Estado resguardar, inclusive em caráter preventivo, os direitos fundamentais dos indivíduos contra as arbitrariedades e violações exercidas por particulares, por outros Estados ou pelo próprio poder público, sendo isso um autêntico dever de adoção de medidas positivas com o intuito de garantir e assegurar efetivamente o exercício dos direitos fundamentais.

Robert Alexy preceitua que essas medidas positivas de proteção podem ser fáticas ou normativas, citando como exemplos dessas as normas penais, procedimentais, os atos administrativos e atuação concreta do Estado.

Nesse viés, Ingo Sarlet prossegue afirmando que um dever de proteção a cargo dos poderes públicos só poderá ser aceito e reconhecido no instante que a ameaça aos direitos fundamentais em questão se tonar de certa forma irreparável, ou mesmo quando sua evolução se mostrar incontrolável. De outra banda, o Tribunal Federal Constitucional alemão formulou entendimento de que este dever de proteção é diretamente proporcional à posição em que se situa o bem fundamental a ser salvaguardado na seara constitucional.

Destarte, uma cadeia de etapas se forma, visto que merece se analisar em uma situação fática, se realmente existe um direito fundamental que comporte proteção, se há uma ameaça, para então se questionar, caso tenham sido positivas as respostas, se o Estado se mantém cumprindo adequadamente o que lhe incumbe.

Nessa senda, a maneira como o Estado vem obedecendo aos seus deveres de proteção e praticando sua efetivação, segundo a maciça doutrina germânica, permanece sob seu domínio, vez que existem diferenciações alternativas de ação, limitação dos meios hábeis, além da observância de interesses conflitantes e da necessidade de estabelecer prioridades, de forma que se tornaria complicado suscitar um dever específico de agir por parte do Estado.

Surge ainda o dilema que circunda os deveres de proteção do Estado para além dos limites objetivos impositivos da ação, com o fim de se atingir o

²⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 408.

reconhecimento de um direito subjetivo aliado a tal proteção. Portanto, os doutrinadores se posicionam pela necessidade do Estado adotar atitudes proativas objetivando dominar um mínimo de eficácia nesse encargo de proteção, embora não se propugne pela total eliminação da ameaça em consideração.

Konrad Hesse entende que o reconhecimento de um direito subjetivo em face de uma atividade de proteção estatal se perfaz na previsão minuciosamente particularizada por parte do direito objetivo, de maneira a restringir o dever de agir do Estado, chegando-se ao ponto de uma pretensão individual ser acolhida apenas quando a discricionariedade tiver sido extirpada dentre as possibilidades.

No que toca à distinção do direito de defesa do direito de proteção, Denilson Feitoza Pacheco aborda o assunto pleiteando pela subjetivação desses direitos:

Segundo Alexy, uma mera proibição objetiva de intervenção seria menos que um direito subjetivo de defesa com o mesmo conteúdo. Portanto, a subjetivação dos deveres de proteção pode fundamentar-se com o caráter de princípio dos direitos fundamentais. No clássico modelo contratualista do Estado, somente se justifica racionalmente que o indivíduo tenha renunciado amplamente à autoproteção de direitos se o fez, condicionalmente, para obter uma efetiva proteção estatal, o que não é mera construção, como se pode verificar no fato de que, onde o Estado perde a vontade ou a força para satisfazer o direito à proteção, não é raro que se formem organizações privadas de proteção baseadas na ideia de assumir a defesa dos direitos individuais.

O direito de defesa é um direito frente ao Estado para que este omita intervenções, enquanto o direito à proteção é um direito frente ao Estado para que este se encarregue de que terceiros omitam intervenções. O direito à proteção exige a utilização de pelo menos um meio de proteção, enquanto o direito de defesa exclui a utilização de todo meio de destruição ou afetação²⁶.

Nesse panorama de dever de proteção dos direitos fundamentais a cargo do Estado e de reconhecimento de um direito subjetivo à proteção, estando inserto a preventiva, em contraposição às intromissões ilícitas de terceiros de do próprio Estado na seara dos direitos fundamentais do cidadão, apenas vislumbra-se viabilidade do Estado cumprir suas atribuições caso seu organograma esteja preparado para atuar nas suas incumbências, juntamente com pensamento estratégico e inteligência.

²⁶ PACHECO, Denilson Feitoza. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 22.

Assim, em não havendo uma máxima abordagem legislativa, emergem a discricionariedade aviltante e a possibilidade dos sujeitos adjudicados dessa proteção utilizarem medidas agressivas que estejam liberadas.

E para finalizar essa tratativa que cerca os direitos fundamentais, resta se debruçar sobre a proibição de proteção deficiente, significando a vedação do Estado em utilizar meios que não cubram total e adequadamente a salvaguarda e usufruto dos direitos em tela, seja a postura estatal de cunho preventivo ou repressivo. Por isso que não será suficiente a criação de instituições direcionadas aos direitos fundamentais sem a garantia de que o exercício dessas atividades esteja capacitado para a tutela prestativa e eficiente correspondente à dimensão do bem tratado.

4.2. Garantismo penal

As constantes violações dos direitos fundamentais durante os períodos genuinamente autoritários, na maioria das vezes militares, assolaram vários países, inclusive o Brasil, disseminando o terror e desprezo pela observância de direitos mínimos aos indivíduos. Em meio a esse cenário, brota a democratização que vem a ressurgir a partir a década de 1980 no Brasil, e culmina na elaboração da famigerada Constituição-Cidadã brasileira, em 1988, como emblematicamente ficou registrada pelo saudoso Ulysses Guimarães.

Com os novos parâmetros estabelecidos à época, começam a germinar manifestações doutrinárias pleiteando pela aplicação da auspíciosa doutrina de garantias. Em apertada síntese, pode-se defluir que essa corrente defendeu inicialmente que inúmeros dispositivos legais e posicionamentos jurisprudenciais não poderiam ser mais aplicados por conflitar frontalmente com os direitos fundamentais, assegurados pela então recente Constituição Federal de 1988.

Com efeito, o garantismo penal não se traduz simplesmente em legalismo, isto porque tal teoria apresenta como alicerce uma visão dimensional do direito que circunda o Estado Social e Democrático. Destarte, o acusado não poderia mais ser taxado de um mero objeto na instrução processual, mas deveria, a partir de então, ser considerado como um sujeito de direitos, situação pautada eminentemente pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Apesar de corriqueiramente associado com o princípio da legalidade estrita, vê-se que o posicionamento garantista não compactua com a simples interpretação literal, onde esta visão positivista não comporta entendimentos críticos encrustados de uma concepção teleológica que guarda a legislação. Mas deverá haver uma construção pautada pela coerência na técnica legislativa, comungada com o espírito da Constituição, pondo em prática o princípio da máxima efetividade constitucional.

O grande expoente incipiente dessa corrente foi Luigi Ferrajoli que desenvolveu sua linha de pensamento na obra *Direito e Razão*. Expõe como pressuposto, de início, a proteção dos direitos fundamentais individuais expressos na Constituição Federal, embora não seja o único fator a ser ostentado pelo garantismo penal, visto que o ordenamento jurídico-constitucional impõe a observância de outros direitos, coletivos e sociais, assim como deveres, estando o conjunto sustentado por uma vasta gama de princípios e valores que não podem ser escamoteados, caso se proponha a proceder a uma interpretação sistêmica e conjunta da Lei Maior.

Tal preocupação tem sua razão de ser no anseio de que fossem tutelados, de maneira urgente, apenas os direitos fundamentais individuais dos cidadãos, até mesmo pelo contexto quando se apresentava bastante razoável a inquietação com relação aos direitos fundamentais dessa dimensão. Porém, a despeito do foco inicial se direcionar para esse aspecto, não se pode desprezar os direitos fundamentais de outras dimensões pela doutrina garantista, vez que não se pode esperar por parte do Estado apenas uma posição abstencionista.

Percebe-se que a doutrina e a jurisprudência desenvolveram largamente os ideais garantistas, e muitas vezes sem aprofundar a conceituação desse garantismo penal. Nesse liame, o que se tem observado foi a única citação dos direitos individuais fundamentais, o que se tem chamado de garantismo hiperbólico mononuclear por Douglas Fischer, sem a preocupação de exposição dos ideais constitucionais mutuamente interligados com o ordenamento jurídico.

Antes de uma abordagem mais detida, não é despiciendo lembrar que, assim como diversos assuntos na seara jurídica, o presente assunto também guarda diversas interpretações, a depender da ótica adotada pelo leitor. No entanto, como a doutrina majoritária, a princípio, parece guardar maior proximidade com o aceitável ou justificável, será esta abordada em sistêmica análise a seguir.

4.2.1 Concepções fundantes e os pilares da teoria garantista

Primeiramente, o garantismo indica um modelo normativo de direito. No âmbito político, se apresenta como uma técnica de tutela capaz de tornar mínima a violência e de amplificar a liberdade, já no plano jurídico, revela-se como um sistema de vínculos infligidos à pretensão punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Em segundo plano, o garantismo institui uma teoria jurídica de validade e efetividade como divisões diferenciadas não apenas entre si, como também envolta à existência e vigência das normas. Em suma, poderia se dizer que o magistrado não tem o dever jurídico de aplicar leis inválidas, portanto incompatíveis com o ordenamento jurídico, ainda que em vigência.

Sob terceiro plano, o garantismo poderá significar uma filosofia política que confere ao Direito e ao Estado um grau de justificação externa de acordo com os bens jurídicos e os interesses em que a tutela e a garantia perfazem a finalidade dos dois.

Luigi Ferrajoli aborda nesses três planos a teoria geral do garantismo, isto é, o aspecto vinculativo do poder público ao estado de direito, a distinção entre a validade e a vigência, a diferenciação entre a feição ético-política e a feição jurídica e a separação entre justiça e validade. Gascon Abellán dispõe com propriedade que, em um verdadeiro Estado garantista, o legislador há de estar cercado por bens e valores constitucionais, não se encontrando ao seu bel prazer o poder da disposição.

O sistema garantista construído por Ferrajoli se sustenta em dez preceitos imprescindíveis à atual sistemática do Direito Penal e Processual penal, estruturando-se tais proposições como “regras do jogo fundamental”. Douglas Fischer enumerou sucintamente esse quadro de “sistema penal SG”, interligando às suas significações, aduzindo o que se segue:

Numa síntese, os princípios fundantes do garantismo penal são os seguintes: 1) princípio da retributividade ou da sucessividade da pena em relação ao delito cometido (que demonstra o expresso reconhecimento de Ferrajoli da necessidade do Direito Penal, contrariamente a visões abolicionistas. Aliás, Ferrajoli reiteradamente tem dito que o garantismo penal é a negação do abolicionismo); 2) princípio da legalidade: inviável se cogitar a condenação de alguém e a imposição de respectiva penalidade se não houver expressa previsão legal, guardando esta a devida

compatibilidade com o sistema constitucional vigente; 3) princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal: somente se deve acorrer ao Direito Penal quando absolutamente necessário, de modo que se deve buscar a possibilidade de solução dos conflitos por outros meios. É a última ratio do Direito Penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade ao bem jurídico protegido, desde que defluia da Constituição (direta ou indiretamente) mandato que ordene sua criminalização; 5) princípio da materialidade; 6) princípio da culpabilidade: a responsabilidade criminal é do agente que praticou o ato, sendo necessária a devida e segura comprovação da culpabilidade do autor; remanescentes dúvidas razoáveis, há se aplicar o aforismo *in dubio pro reu*; 7) princípio da jurisdicionalidade: o devido processo legal está relacionado diretamente também com a estrita obediência de que as penas de natureza criminal sejam impostas por quem investido de jurisdição à luz das competências estipuladas na Constituição; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação: numa frase significa unicamente que o julgador deve ser pessoa distinta da do acusador; 9) princípio do encargo da prova: ao réu não se deve impor o ônus de que é inocente, pois é a acusação quem tem a obrigação de provar a responsabilidade criminal do imputado; 10) princípio do contraditório: sendo inadmissíveis procedimentos kafelnianos, deflui do devido processo legal que o réu tem o direito fundamental de saber do que está sendo acusado e que lhe seja propiciada a mais ampla possibilidade de, se quiser (ampla defesa) as acusações que lhe são feitas.²⁷

Nesse cenário, chega-se à conclusão de que a proteção dos direitos e garantias fundamentais, sem esquecer a observância dos deveres fundamentais, deverão se pautar nesses postulados, de forma que sejam considerados pressupostos básicos de todos os bens e valores que a Constituição Federal assegura. E ainda, não seria abstruso descobrir que Luigi Ferrajoli desenvolveu sua obra sob intensa influência do liberalismo que adveio em meio a arbitrariedades sem fim.

Notou-se que a teoria do garantismo penal conservou inequivocamente o princípio da legalidade estrita e a submissão do juiz à legislação, inferindo-se, portanto, que o magistrado não poderia tipificar condutas por considerá-las imorais ou porque se apresentava merecedoras de sanção, pois a lei expõe nitidamente os fenômenos que guardam cominação de uma pena, sem qualquer análise valorativa.

Como consequência da conjuntura em que emergiu, o garantismo assevera a legalidade como marco limitador de abusos e de regimes totalitários, assinalados pelo “decisionismo processual”, ou seja, acaba-se por valorar aspectos indevidos em função da escassez de elementos no conjunto probatório, desaguando

²⁷ FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno (org.); FISCHER, Douglas (org.); PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo Penal Integral**. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 30-31.

em um subjetivismo inquisitivo na intenção de atribuir sanções sem adequados fundamentos justificantes do dispositivo judicial.

Isso se verifica, inclusive, no próprio Código Penal, ao prever, no art. 59²⁸, a personalidade do acusado como suporte para aplicação da pena. Basta, *in casu*, uma reflexão minudenciada para refletir que, ao utilizar fatores destituídos de uma correlação íntima com a conduta praticada pelo investigado, estará incorrendo em uma condenação incompatibilizada com preceitos constitucionais que pregam a motivação das decisões judiciais. É sem dúvida uma fundamentação com guarida no ordenamento jurídico-penal, porém sem uma justificação condenatória das atitudes capazes de atribuir o cumprimento de uma sanção penal.

Nesse viés, Ferrajoli é categórico ao sustentar que a função específica das garantias no direito penal ultrapassa a legitimação do *jus puniendi*, visto que embasará as vinculações e as condicionantes, a fim de deslegitimar as arbitrariedades cometidas com o amparo na voraz pretensão punitiva estatal.

4.2.2 Direito Penal mínimo e direito penal máximo

O direito penal mínimo é associado com os dez axiomas do garantismo penal exposto por Ferrajoli, denotando um elevado nível de proteção das liberdades dos cidadãos em face às ingerências punitivas, além de constituir um ideal de racionalidade e de certeza. Ao passo que o direito penal máximo guarda uma significação abruptamente diferenciada, sendo, inclusive, chamada também de irracionalismo jurídico.

Com vistas ao direito penal mínimo, a definição de racionalidade se ampara na previsibilidade das intervenções a que procede o Estado, sendo, então, previsíveis somente as atitudes pautadas em argumentos cognitivos em que desemboque na famigerada verdade formal.

²⁸ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Em suma, levando em consideração a teoria do garantismo, o direito penal deverá ser mínimo em sua extensão e máximo na regulamentação das passagens em que se debruçam o caráter punitivo da legislação.

De outro lado, o direito penal máximo defende uma larga e abrangente severidade, incerteza e imprevisibilidade dos comandos judiciais condenatórios. Sob a ótica da teoria garantista, esse campo estaria apto à prática de inúmeras arbitrariedades e abusos a cargo do Estado violador das liberdades individuais. Assim, consistiria em um modelo apartado de qualquer verificação racional, mormente a inexistência de corretas referências e parâmetros objetivos e determinados de anulação ou confirmação.

Em decorrência disso, não seria árduo identificar maior proximidade do ordenamento jurídico-penal brasileiro com o direito penal mínimo, ainda mais quando se vislumbra a mútua concordância com o *in dubio pro reo*, isto é, não seria razoável condenar alguém em meio a uma situação de infundáveis dúvidas, impondo-se, portanto, a absolvição por haver incerteza e a premente presunção de inocência.

Em sentido oposto, o direito penal máximo pugna pelo *in dubio contra reo*, com a presunção de culpabilidade presente mesmo que não tenha havido ainda pronunciamento definitivo de incumbência do juiz togado.

4.2.3 Do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli ao Garantismo Penal hiperbólico mononuclear

Não seria difícil visualizar o caráter garantista da Constituição Federal brasileira, de forma que sustenta seus alicerces nos princípios idealizadores de um Estado Social e Democrático de Direito, com proteção não apenas dos interesses e direitos fundamentais individuais, mas também dos deveres a serem observados pelo Estado e pelos cidadãos.

Nessa toada, visualizando a Constituição como marco inicial a fim de constatar a absorção dos princípios fundamentais de caráter penal e processual penal, a prática hermenêutica não merecerá a adoção de fórmulas preestabelecidas, nem de interpretação pura ou literal de todo ordenamento jurídico, inclusive o proveniente da própria Constituição.

Põe-se a Carta Magna numa posição privilegiadamente central, por

deter instruções ordenadoras e dirigentes tanto aos criadores, como aos aplicadores das leis, sendo, portanto, esse modelo de Constituição promotora de bens, direitos e valores denominado de *panconstitucionalismo*.

A teoria do garantismo pleiteia a compreensão dos ordenamentos penal e processual penal em uma interativa sistemática com os princípios, regras e valores de nível constitucional, de maneira a destacar novos paradigmas marcantes nessa matéria. Em meio às essas necessidades de proteção de bens jurídicos de toda sociedade, sustenta-se o dever de considerar os delineamentos integrais do sistema garantista.

Com a difusão da teoria garantista, privilegiam-se fatores mais amplamente difundidos pela doutrina e jurisprudência, ignorando os pilares justificantes da doutrina de Ferrajoli, por isso que não há integral entendimento de sua extensão e dos critérios de aplicação da massa teórica. Essa deficiência na compreensão do que significa garantismo denomina-se garantismo mononuclear e hiperbólico, o qual mantém seu foco na única proteção dos direitos fundamentais individuais.

A solução, apontada por Perfecto Andrés Ibáñez, deverá ser a busca estratégica da obediência dessas regras constitucionais, juntamente com um regime de garantias para efetivação integral dos direitos fundamentais, com o intuito de solidificar o regime democrático.

Paulo Rangel salienta que a origem do garantismo penal se encontra em um movimento de uso alternativo do direito surgido na Itália nos anos setenta, por meio de um grupo de magistrados, dentre eles Ferrajoli. Passou-se a defender, com maior fervor, uma produção, interpretação e aplicação legislativa aliada a princípios e valores divulgados na Lei Maior.

Apesar de todos os poderes estarem vinculados aos paradigmas tratados, o Poder Judiciário surge com maior proeminência em seu dever de proporcionar garantia aos cidadãos, levando-se em conta as violações sofridas.

Alega-se, ainda, a garantia de eficiência e segurança, significando esta não somente evitar condutas criminosas que transgridam direitos fundamentais de terceiros, como também na investigação do ato ilícito com observância do devido processo legal, e consequentemente dos direitos do acusado.

Nessa linha, “o processo criminal e a respectiva imposição de pena aos infratores é uma forma de, mediante as irradiações dos efeitos da prevenção

geral positiva, garantir a segurança e convivência entre os pares que não infringiram o ordenamento”²⁹. Quanto aos deveres de proteção e aos direitos fundamentais, preceitua, com acerto, Gilmar Mendes, tendo em vista a não exclusividade de invocação do garantismo negativo:

*Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental [...].³⁰*

Sob esse painel, infere-se que o dever de proteção implicará na obrigação estatal de limitar direitos fundamentais individuais dos cidadãos, nas situações em que demandar necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

4.2.4 Garantismo e Proporcionalidade

A afamada proporcionalidade provinda essencialmente da Alemanha é citada pelos garantistas, ao salientar a necessidade de sua utilização na criação e aplicação das regras, barrando descomedimentos e carências estatais na proteção dos interesses individuais e coletivos.

A teoria do Garantismo se apresenta na busca e efetivação de valores ou direitos fundamentais, mesmo que vá de encontro aos interesses da maioria, isto porque se almeja uma imunidade, e não impunidade, dos cidadãos contra as arbitrariedades por parte do Estado, a fim de atribuir vigor aos valores de extrema notoriedade na Constituição, a dignidade da pessoa humana e a proteção os interesses coletivos.

²⁹ FISCHER, Douglas. Op. cit. p. 36-37.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 10.

Nessa linha, a proporcionalidade mencionada pelos garantistas se desdobra no equilíbrio da proteção de todos os direitos e deveres fundamentais previstos na Lei Maior, fazendo-se supor que o enaltecimento dos direitos e garantias constitucionais não poderá ser suplantado por uma eventual aplicação da máxima da proporcionalidade *pro societate* às provas ilícitas, ainda mais se levando em consideração a primazia da inadmissibilidade das provas ilícitas no que tange à conquista de sua previsão expressa no texto constitucional.

4.3 Posicionamento jurisprudencial

A questão de aproveitamento das provas obtidas por meios ilícitos é assaz embaraçosa a depender do viés adotado para análise. Assim, em face da admissibilidade da prova ilícita *pro reo*, não se vislumbra maiores empecilhos na adoção dessa medida tanto pela doutrina, como pela jurisprudência. Destarte, Ada Pellegrini Grinover dispõe que, ao se produzir tal prova, haverá o amparo pelas excludentes de ilicitude, não se permitindo, contudo, sua utilização com a finalidade de condenação alheia.

A maior discussão encontra-se, por fim, na admissibilidade das provas ilícitas a favor da sociedade, pois há renomados doutrinadores defensores dessa corrente, a exemplo de Barbosa Moreira e Antônio Scarance Fernandes, sobretudo quando em contenda organizações criminosas. Esse entendimento foi reforçado por um julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal, ao considerar válida a interceptação de correspondência de um preso. Vejamos trecho do julgado do STJ:

Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito' não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa³¹.

A despeito de Scarance entender ser o sigilo de correspondência

³¹ RSTJ82/321-2.

absoluto, outros doutrinadores, a exemplo de Renato Brasileiro, consideram que esse tutela não é irrestrita, de modo a não visualizar qualquer abertura jurisprudencial para a admissibilidade dessas provas *pro societate*.

Não obstante inexistir unanimidade nos tribunais superiores, a Suprema Corte, por ora, não vem admitindo prova ilícita a favor da sociedade. Nesse sentido, encontra-se o emblemático julgado do STF Habeas Corpus nº 80.949/RJ³², assim ementado:

I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita.

1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal.
- II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais.
2. 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: consequente 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 imputação.
- III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais.
3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub- reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) - , se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio.
4. O privilégio contra a auto-incriminação - *nemo tenetur se detegere* - , erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou 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 e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não.
- IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores.
5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se comprehende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial.
6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente

³² HC nº 80.949/RJ, Rel. p/ acórdão. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 29/10/2001, DJ 14/12/2001.

da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado.

7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido.

8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*).

9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.

O entendimento esposado no Habeas Corpus nº 79512/RJ³³ pela Corte Maior também prossegue pela inadmissibilidade das provas ilícitas *pro societate*:

Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa - compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio - e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência.

1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição - afora as exceções nele taxativamente previstas ("em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro") só a "determinação judicial" autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém - autoridade ou não - no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador. 1.1. Em consequência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da auto-executoriedade.

1.2. Daí não se extraí, de logo, a constitucionalidade superveniente ou a revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam a agentes fiscais de tributos a proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis; essa legislação, contudo, que, sob a Carta precedente, continha em si a autorização à entrada forçada no domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas: o ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia.

1.3. Mas, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada invito domino a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca.

1.4. Não supre ausência de prova da falta de autorização ao ingresso dos

³³ HC nº 79512/RJ, Rel. p/ acórdão. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/1999, DJ 16/05/2003.

fiscais nas dependência da empresa o apelo à presunção de a tolerância à entrada ou à permanência dos agentes do Fisco ser fruto do metus publicae potestatis, ao menos nas circunstância do caso, em que não se trata das famigeradas "batidas" policiais no domicílio de indefesos favelados, nem sequer se demonstra a existência de protesto imediato. 2. Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à 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 proscrição 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 diligência.

Constata-se da leitura dos julgados supratranscritos que a Suprema Corte brasileira não aplica a máxima da proporcionalidade, a fim de valorar a prova no processo penal obtida por meios ilícitos, salientando o caráter forasteiro de sua aplicabilidade nessa seara processual, ao arrepio da vedação constitucional de admissão das provas ilícitas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, pôde-se constatar que a eventual possibilidade de utilização das provas ilícitas circunda uma questão mais complexa que se parece, não se justificando apenas na máxima da proporcionalidade. Isso advém com a única hipótese pacificamente aceita pela jurisprudência e doutrina: seu aproveitamento *pro reo*, fundamentada, em sua essência, na dignidade da pessoa humana e no estrepitoso efeito antigarantista que seria condenar um cidadão, a despeito restar comprovada sua inocência, mesmo que obtida por meios ilícitos.

Quanto ao aproveitamento *pro societate*, apesar da existência de conhecidos defensores, não vigora na conjuntura constitucionalista brasileira, pois, ao se permitir sua adoção, mesmo que excepcionalmente, estaria estimulando setores estatais na perpetração de arbitrariedades a favor da acusação, de maneira a ignorar e aniquilar as garantias previstas na Lei Maior.

Vislumbrou-se que a proporcionalidade vigora no ordenamento jurídico brasileiro, mas com suas devidas limitações setoriais, adquirindo força no Direito Administrativo, o que na seara probatória não se observa sua atuação para assim defender a sociedade. Apesar de clamor público aflorar sentimentos justicieros em delitos vastamente divulgados, impera-se contemplar a vedação das provas obtidas por meios ilícitos, com o fito de extinguir as ingerências estatais na esfera jurídicas dos indivíduos. Isso se traduz na vivência em um Estado democrático de Direito, em que o ser humano é detentor de garantias genuinamente de cunho constitucional.

A contento, não se podem descartar as contribuições de Antônio Scarance Fernandes em seu entendimento favorável à ponderação de interesses, com o intuito de aproveitar provas ilícitas pelo órgão acusatório, eminentemente nos casos cometidos por organizações criminosas. Nesse viés, invoca-se a máxima da proporcionalidade como fator determinante a tutelar também os interesses a sociedade que se vê tolhida em observar inerte às inúmeras demonstrações do poderio avassalador desses grupos dotados orquestralmente constituídos.

Mesmo com os avanços doutrinários na adoção das provas ilícitas *pro societate*, os Tribunais Superiores nacionais são categóricos ao rechaçar a adoção de teorias estrangeiras adotantes de uma proporcionalidade que não se

fundamenta na Carta Magna, estando, portanto, relegada o sopesamento de interesses com o objetivo de valorar outras questões relevantes.

A teoria do garantismo penal desponta com muita propriedade ao dar embasamento para a existência de um direito penal mínimo e para a prevalência não apenas dos direitos fundamentais individuais, como também dos direitos, coletivos e sociais, e deveres, por isso que se pleiteia por uma compreensão sistêmica e integral dos comandos previstos na Constituição Brasileira de 1988.

O garantismo penal aborda a proporcionalidade em um sentido de equilíbrio da proteção de todos os direitos e deveres fundamentais previstos na Lei Maior, fazendo-se supor que o enaltecimento dos direitos e garantias constitucionais não poderá ser suplantado por uma eventual aplicação da máxima da proporcionalidade *pro societate* às provas ilícitas, a qual não se faz presente nesse texto.

Nesse cenário de caótica eficácia da política criminal contra a criminalidade, deve-se reconhecer pertinência às correntes que defendem uma maior flexibilização do direito fundamental que veda o uso das provas obtidas por meios ilícitos, sem preterir as prerrogativas previstas pela sistemática garantista, situação esta que se atingiria com uma proporcionalidade dos interesses em questão.

Sob essa configuração, não prescinde salientar que a máxima da proporcionalidade, seja como princípio, regra ou postulado, não veio prevista na Constituição Federal de 1988, embora certos doutrinadores atribuam uma interpretação forçada pautada no devido processo legal no âmbito material.

Ademais, vale trazer à baila que os dois princípios estruturantes da Lei Maior, a dignidade da pessoa humana e o Estado democrático de Direito, limitam o legislador e o julgador a uma efetivação mais concreta da proporcionalidade, visto que os constitucionalistas defendem que, diante da ponderação, cede-se muito pouco, visualizando a relativização com muita dificuldade nesse viés *pro societate*. Alega-se que o Estado estaria ultrapassando os limites a ele impostos pelo documento constituidor do Estado.

Inobstante aceitar os desígnios identificados na proporcionalidade, e os pontuais avanços jurisprudenciais quanto ao crime organizado, impõe-se o reconhecimento das vedações de âmbito constitucional, corroborando a nova posição defendida pelos garantistas de o acusado ocupar um posto de sujeito de

direitos, extirpando qualquer resquício de um tratamento inferior, como antes verificado, de mero objeto destituído de garantias que velassem por seus direitos ao ser processado penalmente.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual Penal**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

ALMEIDA NETO, Wilson Rocha de. A atividade de inteligência como instrumento de eficiência na tutela de direitos fundamentais. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Coord). **Garantismo penal integral**. Salvador: Juspodivm, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal**. Niterói: Impetus, 2011. v. 1.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de A.; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Efetividade, processo penal e dignidade humana**. Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. 2.ed. São Paulo: Quartier latin do Brasil, 2009.

_____. **Equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado**. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

FERNANDES, Luciana de Medeiros. **Direito penal máximo ou intervenção mínima do direito penal?** Breves lineamentos sobre a função do direito penal. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? . In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Coord). **Garantismo penal integral**. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico mononuclear) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de doutrina da 4ª região**. Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em: 05 jun. 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1982.

LOPES JR., Aury. **Direito processual e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Disponível em <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/mendes.pdf>> Acesso em 25 maio 2011.

MUNHOZ SOARES, Fábio Aguiar. **Prova ilícita no processo**. Curitiba: Juruá, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

PACHECO, Denilson Feitoza. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Direito penal e estado democrático de direito**: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Do garantismo negativo ao garantismo positivo:** a dupla face do princípio da proporcionalidade. Juris poiesis. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, Mestrado em Direito, 1999.

TORQUATO AVOLIO, Luiz Francisco. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas.** 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.