

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA FRENTE AO PRINCÍPIO
DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Laís Meneghin

Presidente Prudente/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA FRENTE AO PRINCÍPIO
DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE**

Laís Meneghin

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2012

DA ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA FRENTE AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Monografia aprovada como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Rodrigo Lemos Arteiro

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

Diogo Pôrto Vieira Bertolucci

Presidente Prudente/SP, 30 de novembro de 2012.

O conhecimento da experiência diz-nos que o homem é simultaneamente livre e não livre, umas vezes mais livre, outras vezes menos. O problema está então em saber quando e onde se deve razoavelmente postular a liberdade e quando e onde se deve razoavelmente postular a falta de liberdade.

Arthur Kaufmann.

Aos meus pais, Luiz e Clarinda, meu irmão, por todo o apoio e confiança, e principalmente, por serem um porto seguro em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me dado a vida e a oportunidade de poder desfrutar de tudo o que ela pode me oferecer.

Aos meus pais, Luiz e Clarinda, bem como meu irmão, pelo amor incondicional, carinho, compreensão e cuidado. Agradeço ainda, por sempre estarem ao meu lado me apoiando, me indicando os melhores caminhos a serem trilhados e as melhores escolhas a serem tomadas.

Ao meu orientador, Rodrigo Lemos Arteiro, por ter me apresentado o Direito Processual Penal, me instigando a estudar sempre mais, bem como pela paciência e conselhos que foram essenciais para a realização deste trabalho.

Aos meus examinadores, por terem aceitado o convite de compor minha banca de monografia, me honrando com sua presença.

Aos meus amigos, que estiveram ao meu lado durante todo este trabalho, me apoiando, me auxiliando e, principalmente, me acalmando.

Por fim, agradeço todos àqueles que contribuíram de alguma maneira para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho busca, inicialmente, tecer algumas considerações a respeito do Estado de Direito que surgiu estabelecendo limites jurídicos às arbitrariedades praticadas pelos governos absolutistas, vinculando-os as leis. Por essa nova ideologia, baseada nos princípios da legalidade e republicano, o Estado deve atuar de acordo com o que é estabelecido na lei, especialmente na Constituição, que adquiriu força normativa. A Constituição Federal de 1988, acolhendo o entendimento pacificado pelos Tribunais pátrios, refutou sem qualquer exceção, a admissibilidade das provas obtidas ilicitamente no processo, trazendo esta garantia fundamental e cláusula pétreia expressa no texto constitucional. Contudo, o legislador constituinte não trouxe o conceito de prova ilícita, nem seu regramento legal, tarefa cumprida pelo legislador ordinário ao alterar a redação do artigo 157, do Código de Processo Penal por meio da Lei nº. 11.690/2008. O mencionado dispositivo definiu prova ilícita e a regulamentou, estendendo esta inadmissibilidade às provas ilícitas por derivação, conceituando-a e prevendo exceções, como a teoria da fonte independente e do descobrimento inevitável. A partir de então, intensificaram-se as discussões a respeito das provas obtidas ilicitamente no processo, ensejando o surgimento de mecanismos de aproveitamento de tais provas, como a teoria da fonte independente, do descobrimento inevitável, da limitação da contaminação expurgada, da limitação da boa-fé, do encontro fortuito de provas, da teoria da exclusão da ilicitude, da prova ilícita *pro reo* e o princípio da proporcionalidade. Foi dado especial destaque ao princípio da proporcionalidade e à suas vertentes: princípio da proibição de excesso e princípio da proibição da proteção deficiente. De acordo com a dupla face do princípio da proporcionalidade, compete ao Estado proteger os cidadãos contra excessos praticados pelos órgãos do poder público e pelos particulares. Nesse trabalho foram empregadas técnicas de pesquisa, dedução, comparação e indução, valendo-se de princípios consagrados nos ordenamentos jurídicos, alienígena e pátrio, para justificar o posicionamento defendido. Ao final foi concluído que, à luz do princípio da proibição da proteção deficiente, excepcionalmente, as provas ilícitas serão admitidas no processo, ainda que em prejuízo aos direitos e garantias fundamentais do acusado, isto porque, no conflito entres bens jurídicos fundamentais prevalecerá aquele que possuir maior valor e importância.

Palavras-chave: Estado de Direito. Prova ilícita. Inadmissibilidade. Mecanismos de aproveitamento. Admissibilidade. Princípio da proporcionalidade. Princípio da proibição de excesso. Princípio da proibição da proteção deficiente.

ABSTRACT

This work aims to initially make a few remarks about the State of Justice that emerged establishing legal limits to arbitrary practiced by absolutist governments, linking laws. By this new ideology, based on in the principles of legality and republican, the State must act accord to with is established by law, specially in Constitution, that acquire normative force Federal Constitution of 1988, welcoming understanding practiced by the Courts patriotic, refuted without any exception, the admissibility of the proofs obtained illicitly in the process, bringing this fundamental guaranty and express entrenchment clause in the Constitutional text. However the constituent legislator doesn't bring the concept of evidence unlawfully, nor his legal rules, task done by the ordinary legislator to change the article 157, of the Criminal Procedure by the way of the law of Law nº11.690/2008. The dispositive said defined the evidence unlawfully and give the correct way extending this inadmissibility to the illegal evidence by derivation, concept it and prevent exceptions like the theory of the font independent and the discovering of the inevitable. After this to intensify the discussion about of the evidence obtained unlawfully in the process allowing for the development of mechanisms of the use with this evidences like the independent theory of the fountain of the discovering inevitable of the limitation of the contamination obtained about the limitation of the good faith, the meeting casual of the evidences, the theory of the exclusion of the illegality, the evidence and unlawfully *pro reo* principle of proportionality. It was given special detail at the principle of the proportionality and to yours strands: principle prohibition of the excess and the principle of the prohibition about the inadequate protection. According with de double face of the principle of proportionality the State must protect citizens against excesses committed by organs of public power and private individuals. In this project were employed research techniques, deduction, comparison and induction taking advantage of the legal principles and patriotic alien to justify the position advocated. At the end it was concluded that, in light of the principle of prohibition of poor protection, exceptionally, the evidence will be admitted in illicit process, although in prejudice to the rights and guarantees of the accused, that, because the conflict between fundamental legal interests who prevail have greater value and importance.

Keywords: Justice State. Testimony Unlawfully. Inadmissibility. Mechanisms use. Admissibility. Principle of Proportionality. Principle of prohibition of excess. Principle of prohibition of poor protection.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO ESTADO DE DIREITO	13
2.1 O princípio da legalidade no Estado de Direito	15
2.2 O princípio republicano no Estado de Direito	18
2.3 A crise da legalidade	20
2.4 Neoconstitucionalismo	23
2.4.1 Marco histórico	23
2.4.2 Marco filosófico	24
2.4.3 Marco teórico	25
2.4.3.1 A força normativa da Constituição	25
2.4.3.2 A expansão da jurisdição constitucional	27
2.4.3.3 A nova interpretação constitucional	28
2.5 A transformação do princípio da legalidade	29
3 ASPECTOS GERAIS DO INSTITUTO DA PROVA	30
3.1 Conceito e finalidade	30
3.2 Destinatários da prova	33
3.3 Objeto da prova	34
3.4 Meios de prova	35
3.5 Princípios relativos às provas no processo penal	37
3.5.1 Princípio da presunção de inocência	38
3.5.2 Princípio da proporcionalidade	40
3.5.3 Princípio da não autoincriminação	40
3.5.4 Princípio da busca da verdade material	41
3.5.5 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos	41
3.5.6 Princípio da comunhão da prova	41
3.5.7 Princípio da autorresponsabilidade das partes	42
3.5.8 Princípio da oralidade	43
3.5.9 Princípio da audiência contraditória	44

3.5.10 Princípio da publicidade	44
3.5.11 Princípio da liberdade probatória	45
3.5.12 Princípio do livre convencimento motivado	46
4 PROVA ILÍCITA	47
4.1 Provas ilícitas, ilegítimas e irregulares	49
4.2 Modalidades da prova ilícita: prova ilícita originária e prova ilícita por derivação	51
4.3 Evolução normativa da vedação da prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro	56
4.3.1 A vedação da prova ilícita na Constituição Federal	61
4.3.2 A vedação da prova ilícita no Código de Processo Penal	63
5 MECANISMOS DE APROVEITAMENTO DA PROVA ILÍCITA	68
5.1 Teoria da fonte independente da prova	68
5.2 Teoria do descobrimento inevitável da prova	72
5.3 Limitação da contaminação expurgada	75
5.4 Limitação da boa-fé	77
5.5 Teoria do encontro fortuito de provas	79
5.6 Teoria da exclusão da ilicitude	82
5.7 Prova ilícita <i>pro reo</i>	83
5.8 Princípio da proporcionalidade	84
6 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	85
6.1 Considerações a respeito da teoria da norma	85
6.1.1 Distinção entre regras e princípios	87
6.1.2 Regras	88
6.1.3 Princípios	90
6.1.4 Postulado normativo	92
6.1.5 <i>Status</i> jurídico do princípio da proporcionalidade	93
6.2 Vacilações e ambiguidades terminológicas	95
6.3 O princípio da proporcionalidade e suas vertentes	96

6.3.1 Princípio da proibição de excesso _____	100
6.3.2 Princípio da proibição da proteção deficiente _____	101
6.4 O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal brasileira _____	106

7 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MECANISMO DE APROVEITAMENTO DA PROVA ILÍCITA _____	112
---	------------

CONCLUSÃO _____	124
------------------------	------------

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____	127
---	------------

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo enfocou os aspectos históricos e filosóficos que culminaram na inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, bem como a evolução normativa da vedação de tais provas no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, foi dado maior enfoque a existência de mecanismos de aproveitamento da prova ilícita, com destaque ao princípio da proporcionalidade, na perspectiva do princípio da proibição da proteção deficiente.

No ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita. Todavia, esta garantia não é absoluta, havendo situações nas quais, excepcionalmente, as provas obtidas a partir de violações às normas de direito material e princípios constitucionais serão admitidas no processo.

Um dos mecanismos de aproveitamento da prova ilícita é o princípio da proporcionalidade, o qual vem sendo amplamente empregado a fim de que tal prova seja admitida no processo, quando esta beneficiar o acusado.

A polêmica existente na doutrina e na jurisprudência consiste na possibilidade da aplicação do mencionado princípio quando as provas ilícitas servem à acusação, favorecendo a sociedade em detrimento do acusado.

Como se sabe, o direito penal pátrio é eminentemente garantista, protegendo a sociedade contra as arbitrariedades praticadas pelo Estado. Entretanto, além de proteger os cidadãos contra a atuação excessiva dos órgãos do poder público, cabe ao Estado também os proteger contra as agressões provenientes de terceiros, não podendo deixar os direitos e garantias fundamentais desprotegidos, nem tutelá-los de maneira insuficiente, isto é, abaixo nos níveis exigidos pelo texto constitucional.

Compete, portanto, ao Estado proteger o indivíduo e a coletividade contra ameaças e agressões provenientes dos órgãos estatais e de particulares. Para isso, a Constituição Federal de 1988 tutela direitos e interesses variados, havendo ocasiões em que a proteção de um bem jurídico fundamental obsta ou torna insuficiente a proteção de outro. Nesta situação, deve ser aplicado o critério

hermenêutico de ponderação de bens, prevalecendo aquele que ostenta maior valor e importância.

Nesse contexto, considerando que a questão da admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade envolve o conflito entre a garantia do direito à liberdade do acusado e a garantia da segurança pública, há intensa discussão na doutrina e na jurisprudência a respeito de qual dessas garantias constitucionais deve prevalecer.

Com efeito, o tema envolve diversos fatores, os quais foram considerados nesse estudo. Foi feita também, uma tentativa de se definir qual desses bens jurídicos tutelados pelo texto constitucional brasileiro deveriam ser prestigiados.

Para tanto, o presente trabalho abordou as questões históricas que resultaram na inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, destacando a evolução normativa desta proibição no ordenamento jurídico pátrio. Destacou-se ainda, que esta garantia não é absoluta, podendo ser mitigada por mecanismos que autorizam o aproveitamento da prova ilícita.

Ao final, após a análise desses mecanismos, bem como dos princípios que regem a legislação brasileira e dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente, concluiu-se que, excepcionalmente e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, a prova ilícita favorável à acusação deverá ser admitida no processo à luz do princípio da proibição da proteção deficiente, prestigiando a segurança pública em prejuízo das garantias individuais do acusado.

Para a realização deste estudo, o método dedutivo foi amplamente utilizado, analisando a evolução histórica da garantia da inadmissibilidade da prova ilícita no processo e seu tratamento no processo penal brasileiro. Também foi utilizado o método de indução, por meio do qual se demonstrou os argumentos para o aproveitamento da prova ilícita à luz do princípio da proporcionalidade, na perspectiva da proibição da proteção deficiente.

2 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO ESTADO DE DIREITO

O termo Estado de Direito surgiu em uma obra escrita pelo doutrinador alemão Welcker, publicada em 1813, na qual se busca distinguir três formas de governo: despotismo, teocracia e Estado de Direito. Foi ainda na doutrina alemã, em obras publicadas por Kant, Von Mohl e Stahl, que a referida locução se desenvolveu, tomando feição definitiva.

A ideologia trazida pelo Estado de Direito surgiu no cenário absolutista, onde o poder estava concentrado nas mãos do governante, que impunha suas decisões, sem contestações, estando os cidadãos submetidos aos seus arbítrios.

Entretanto, com o passar do tempo, os indivíduos que outrora se submetiam as vontades do governante, passaram a questionar a organização da sociedade civil até então existente.

Desta maneira, surgiu a ideia de um governo pautado em leis, que representassem os anseios da sociedade, que não estaria mais submetida aos arbítrios da realeza. Ademais, almejava-se a tutela dos direitos e garantias fundamentais, que deveriam ser respeitados pelos governantes. Para isso, pensa-se na existência da separação de poderes, a fim de evitar abusos e combater os arbitrários decretos dos reis soberanos.

Neste cenário marcado por lutas e revoluções, surge o Estado de Direito, no qual o direito se torna o norte para a política e, conseqüentemente, o limite para o exercício do poder. Destarte, “o Estado de Direito foi concedido para que se pusessem limites jurídicos ao ‘poder arbitrário dos homens’ que caracterizava o absolutismo” (DALLARI, 2005, p. 176).

O Estado de Direito, portanto, “é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito” (CANOTILHO, 1999, p. 11).

Sustenta José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 16), que nesta forma de governo torna-se essencial:

(...) a separação de poderes, a garantia de direitos e liberdades, o pluralismo político e social, o direito de recurso contra abusos dos funcionários, a subordinação da administração à lei constitucional, a fiscalização da constitucionalidade das leis.

Assim, em decorrência desta estrutura apresentada pelo Estado de Direito, onde há a supremacia das leis, a divisão dos poderes, a independência dos tribunais, a tutela aos direitos e às garantias fundamentais, bem como ao pluralismo político, se origina a juridicidade estatal. Por conseguinte, um Estado apenas será considerado Estado de Direito caso se sujeite e atue de acordo com o direito e crie normas jurídicas baseadas na ideologia de direito, vinculando o poder político aos limites jurídicos e reconhecendo a liberdade dos cidadãos.

Verifica-se que o Estado de Direito se estrutura na supremacia das leis, especialmente da Constituição que reconhece e tutela os direitos fundamentais, na separação de poderes e no princípio da legalidade.

Neste sentido:

(...) é possível dizer que o Estado de Direito está baseado em um tripé construído pela existência de uma Constituição com supremacia e com um rol de direitos fundamentais, pela separação de poderes, e pelo Princípio da Legalidade (COSTA, 2010, p. 51).

Constata-se que o Estado de Direito está vinculado à existência de uma Constituição, que evidencia o compromisso do Estado com a democracia e a tutela dos direitos fundamentais, pois é no texto constitucional pátrio que tais direitos, bem como os mecanismos utilizados para assegurá-los serão elencados.

Por sua vez, é a separação de poderes, que consiste em distinguir e atribuir as funções legislativa, executiva e jurisdicional do Estado a três órgãos independentes e harmônicos, que segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 135), “impede o arbítrio, ou ao menos o dificulta sobremodo, porque só pode ocorrer se se der o improvável concluir de autoridades independentes”.

Ressalta-se que este combate ao abuso de poder promovido pela separação de poderes decorre da possibilidade de um órgão intervir na atuação do outro, uma vez que esta separação é “meramente relativa” (FERREIRA FILHO, 2009, p. 137). Portanto, “a separação de poderes é uma organização jurídica da manifestação do poder” (COSTA, 2010, p. 52).

Ademais, para que o Estado seja considerado um Estado de Direito, o poder deve se pautar na lei, obedecendo ao princípio de legalidade, que abrange também os princípios da igualdade e da justicialidade, sendo tal entendimento corroborado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 23):

(...) Num Estado submetido ao Direito, a atuação do Poder tem como pauta a lei. Obedece ao princípio de legalidade. Entretanto, da legalidade decorre como princípio também a igualdade. E ambos, legalidade e igualdade, estão sob o crivo de uma justiça, daí o terceiro princípio, garantidor dos demais, o princípio da justicialidade.

Como se observa, a superação do absolutismo pelo Estado de Direito, no qual as leis imperam, correspondeu a um relevante avanço à sociedade civil organizada, pois a partir de então, os direitos fundamentais passaram a ser assegurados, limitando o poder político que deve ser pautado nas leis.

2.1 O princípio da legalidade no Estado de Direito

O princípio da legalidade é um princípio específico do Estado de Direito, sendo a base desta forma de governo. Tal princípio está “enunciado no *Del l'esprit des lois* (duas vezes) e recebeu uma forma definitiva no art. 5º da Declaração de 1789” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 23).

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 101), “o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática”. Confirmando este entendimento, aduz José Afonso da Silva (2011, p. 423) que o princípio da

legalidade “significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador”.

Posto isto, a administração pública deve ser exercida de acordo com as leis que são elaboradas pelo Poder Legislativo, que, por sua vez, representa os anseios da sociedade. Destarte, conclui-se que, por meio do princípio da legalidade se busca garantir que o Estado atue concretizando a vontade do povo, combatendo o governo dos homens e os arbítrios dos governantes.

Nesta linha se manifesta Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 100):

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania.

No Estado de Direito, em decorrência do princípio da legalidade, o poder emana do povo e os governantes, assim como o legislativo, são apenas representantes da sociedade civil organizada, atuando de acordo com o que por ela é estabelecido, sob pena de violar o citado princípio. Assim sendo, constata-se que o princípio da legalidade vincula a Administração Pública.

Confirma José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 65):

(...) diz-se que toda a administração pública deve obedecer à lei, proibindo-se qualquer actividade <<livre>> ou juridicamente desvinculada. Consequentemente, quaisquer actividades administrativas contra a lei violam o princípio da legalidade inerente a qualquer Estado de direito. Mas mais do que isso: a lei dá fundamento aos chamados poderes administrativos.

Ante o exposto, torna-se evidente que o princípio da legalidade se aplica perfeitamente ao direito brasileiro, sendo assegurado em todas as Constituições pátrias, salvo a Carta de 1937.

Ressalta Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 285):

O princípio da legalidade foi consagrado por todas as Constituições brasileiras com uma única exceção – a Carta de 1937. A Constituição atual de 1988, que, aliás, repete a redação das de 1891, 1934, 1946 e 1967, só há uma diferença. A primeira afirmava que “nenhum cidadão” pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei, ao passo que as demais se referem a “ninguém”, estendendo, pois, ao estrangeiro o direito à legalidade.

O princípio da legalidade é o princípio base do Estado de Direito e está consagrado na Constituição Federal de 1988, conforme se verifica nos artigos 5º, II; 37, *caput* e 84, IV.

A Constituição Federal brasileira ao estabelecer em seu artigo 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, garante que “a administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja” (MELLO, 2010, p. 102).

Nessa esteira, em decorrência do princípio ora exposto, “só a lei cria direitos ou impõe obrigações positivas ou negativas” (SILVA, 2011, p. 422). Sustenta Manuel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 24):

Decorre, por outro, deste princípio que o homem está obrigado a fazer tão-somente o que a lei lhe determina. Apenas o que esta lhe comanda. Insista-se na importância deste aspecto, sobretudo nas relações entre o indivíduo e o Estado. Com efeito, se o homem está obrigado exclusivamente a fazer o que a lei lhe impõe, se ele não está obrigado a fazer o que ela não lhe impõe, se todas as suas obrigações hão de ter como fonte a lei, o próprio Estado não lhe pode reclamar o que não é previsto em lei. O executivo não lhe pode exigir uma conduta que já não esteja definida em lei, o Judiciário não lhe pode impor uma sanção que já não esteja definida em lei, o próprio Legislativo (que não declara sozinho a lei) não lhe pode nada prescrever senão por meio de uma lei (que apenas se tornará tal caso conte com a anuência do Executivo – a sanção).

O artigo 37, da Constituição Federal ao estabelecer que, “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, condiciona o exercício da atividade administrativa a observância da lei. Para José Afonso da Silva (2011, p. 428), portanto, na administração pública, “não há liberdade nem vontade pessoal”, sendo somente “permitido fazer o que a lei autoriza”.

Destarte, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 24), do princípio de legalidade enseja “uma limitação para a atuação do Estado, pois esta há de ser condicionada por lei preexistente, já que cada ato seu deve estar fundamentado em lei posterior”.

Outrossim, a teor do artigo 84, IV, da Constituição Federal é atribuição privativa do Presidente da República “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. É certo que o Chefe do Poder Executivo somente irá atuar em conformidade com a lei, sendo seu executor.

Entretanto, excepcionalmente, o princípio da legalidade sofre restrição que ocorre, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 105 e 106), quando “a Constituição faculta ao Presidente da República que adote providências incomuns e proceda na conformidade delas para enfrentar contingências anômalas”, caso das medidas provisórias, decretação de estado de sítio e de defesa.

2.2 O princípio republicano no Estado de Direito

Aristóteles em sua obra Política sustenta que há três formas de governos: a monarquia, a aristocracia e a república. Tal entendimento foi adotado até que Maquiavel declarasse, em sua obra O Príncipe, que há somente duas formas de governo: república e monarquia.

No tocante à república, tal expressão costuma ser adotada em oposição à monarquia. Todavia, o referido termo apresenta um significado mais abrangente, haja vista que não é somente uma forma de governo, mas também uma forma de instituição do Estado.

Ademais, o termo república é “designativo de uma coletividade política com características de *res publica*, no seu sentido originário de coisa pública” (SILVA, 2011, p. 102).

José Afonso da Silva (2011, p. 102) define república como:

(...) coisa do povo ou para o povo, que se opõe a toda forma de tirania, posto que, onde está o tirano, não só é viciosa a organização, como também se pode afirmar que não existe espécie alguma de República.

Em países que adotam a república como forma de governo, seu ordenamento jurídico é composto por princípios e regras que correspondem à vontade do povo, sendo esta materializada pelas leis elaboradas pelo Poder Legislativo.

Um dos princípios que compõe o ordenamento jurídico destes países é o princípio republicano, que está previsto no artigo 1º, da Constituição Federal de 1988.

A respeito deste princípio José Afonso da Silva (2011, p. 103) pondera que:

(...) Desde a Constituição de 1891, a forma republicana de governo figura como princípio constitucional, hoje não mais protegido contra emenda constitucional, como nas constituições anteriores, já que a forma republicana não mais constitui núcleo imodificável por essa via; só a forma federativa continua a sê-lo (art. 60, §4º, I). Mas o princípio é protegido contra os Estados, prevista a intervenção federal naquele que o desrespeitar (art. 34, VII, a).

Constata-se que o legislador constituinte adotou o princípio republicano como base do ordenamento jurídico brasileiro, impondo assim que outros valores jurídicos adotados estejam em consonância com o referido princípio. Todavia, tal princípio não é mais cláusula pétrea, podendo ser objeto de emenda constitucional, porém, deve ser respeitado pelos Estados-membros e havendo violação, ocorrerá intervenção federal.

Segundo Paulo Márcio Cruz e Sérgio Antonio Schimitz (2008, p. 167):

(...) o princípio republicano indica a busca pelo Interesse da Maioria para a formação do “espaço público” a partir da utilização de outros princípios constitucionais político-ideológicos, destinados a auscultar a sociedade e garantir direitos à maioria e às minorias.

Entretanto, em que pese o princípio republicano visar concretizar o interesse na maioria, este deve estar de acordo com os limites existentes na República, a qual se baseia na existência de três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo que os dois primeiros são compostos por membros eleitos pelo povo.

Complementa José Afonso da Silva (2011, p. 103):

(...) o que discrimina a forma republicana não é apenas a coexistência dos três poderes, indispensáveis em todos os governos constitucionais, mas, sim, a condição de que, sobre existirem os Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário, os dois primeiros derivam, realmente, de eleições populares. Isso significa que a forma republicana implica a necessidade de legitimação popular do Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais (arts. 28, 29, I e II, e 77), a existência de assembleias e câmaras populares nas três órbitas de governos da República Federativa (arts. 27, 29, I, 44, 45 e 46), eleições periódicas por tempo limitado que se traduz na temporariedade dos mandatos eletivos (arts. cits.) e, conseqüentemente, não vitaliciedade dos cargos políticos, prestação de contas da administração pública (arts. 30, III, 31, 34, VII, d, 35, II, e 70 a 75).

Nota-se que na República faz-se necessário haver a legitimação dos governantes por meio do voto e a existência de assembleias e câmaras compostas por cidadãos também eleitos, que irão representar o povo, exercendo o poder em nome deste, por um lapso temporal pré-estabelecido.

2.3 A crise da legalidade

O Estado de Direito fundamenta-se no princípio da legalidade. Entretanto, adverte José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 64) que “o princípio da

legalidade já não é o que era”. A partir desta afirmação conclui-se que o princípio da legalidade encontra-se em crise em decorrência de vários motivos, eis que “a lei perdeu prestígio e importância” (CANOTILHO, 1999, 64).

É certo que no Estado Liberal, o parlamento era composto por membros da burguesia, razão pela qual as leis eram uniformes, inexistindo confronto ideológico. Todavia, passado esse período, esta uniformidade ideológica deixou de existir, extinguindo a vontade geral e prevalecendo a “vontade política, ou melhor, a vontade do grupo mais forte dentro do parlamento” (MARINONI, 2008, p. 43).

Atualmente, segundo Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 43), “essa vontade política pode se confundir com a vontade dos *lobbies* e dos grupos de pressão que atuam nos bastidores do parlamento”.

No mesmo sentido Eduardo Cambi (2007, p. 11):

(...) vive-se a *crise da democracia representativa*, uma vez que presentes tais fatores como: a vontade do representante não se identifica com a do representado; cada vez mais se verifica o afastamento do povo do processo político; falta de igualdade de participação no processo político (os *lobbies* ou grupos de pressão, por exemplo, exercem uma influência avassaladora no processo legislativo); existe a previsão de mecanismos antidemocráticos no seio do parlamento (p. ex. voto de lideranças); e, enfim, a falência do Parlamento como principal órgão legislativo (...).

Nesta esteira, ante a preponderância da vontade de um grupo de pessoas, aliada a ignorância sobre o correto sentido e aplicação do direito, bem como ao descaso com os direitos fundamentais, são editadas “leis mais complexas e obtusas, fruto de ajustes e compromissos entre os poderes sociais em disputa” (MARINONI, 2008, p. 43).

Tais leis, que na maioria das vezes são injustas, não correspondem ao direito e não mais representam a vontade geral, mas sim a vontade deste grupo mais forte dentro do Poder Legislativo. Há assim “cisão entre o Direito e a Lei” (CAMBI, 2007, p. 12).

Ademais, o direito que anteriormente tinha como única fonte o Estado, atualmente, por autorização deste, passa a ter outras fontes, como as comunidades supranacionais, os sindicatos e as associações, que passam a editar leis, extinguindo outra característica marcante do positivismo clássico.

José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 64) assegura que “noutros casos, as leis enredaram-se na solução de casos concretos, perdendo as dimensões mágicas da generalidade e da abstracção”.

Segundo Lenio Luiz Streck (2005, p. 175) outro motivo desta crise, é o surgimento de leis “em que bens jurídicos que claramente traduzem interesses de grandes camadas sociais são rebaixados axiologicamente e equiparados a outros bens de relevância meramente individual”, prevalecendo o interesse individual em face do coletivo.

Neste cenário em que “a lei deixou de ser o princípio e o fim da ordem jurídica” (CANOTINHO, 1999, p. 64), aduz Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 45) que “não há mais como pensar em norma geral, abstrata, coerente e fruto da vontade homogênea do parlamento”, havendo evidente crise da legalidade.

Confirma Luís Roberto Barroso (2007, p. 02):

O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes e a *insegurança* é a característica da nossa era.

Assim, o Estado Liberal passou a ser objeto de críticas e a fim de solucionar esta crise da legalidade, “buscava-se a atribuição de limites perenes ao direito, com o estabelecimento de balizas mínimas das quais o direito não poderia afastar-se, ainda que por disposição das maiorias de ocasião” (MÖLLER, 2011, p. 21).

Nesse contexto, houve a “constitucionalização dos ordenamentos jurídicos” (MÖLLER, 2011, p. 21), mudança pela qual o direito constitucional vem passando e que se tornou conhecida como neoconstitucionalismo.

2.4 Neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo, também conhecido como a constitucionalização do ordenamento jurídico, surge para fortalecer os sistemas jurídicos, tornando-os “mais dinâmicos, flexíveis e possibilitando que muitas discussões políticas e morais sejam travadas dentro dos ordenamentos jurídicos” (MÖLLER, 2011, p. 22).

Entretanto, este modelo exige do operador do direito maior preparação teórica e compreensão do direito, eis que este deixa de simplesmente descrever as leis e passa a ter que adequá-las aos princípios consagrados na Constituição, bem como aos direitos fundamentais tutelados.

Visando melhor compreensão do neoconstitucionalismo, faz-se necessário que este seja analisado a partir de três marcos fundamentais, que criaram uma “nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral” (BARROSO, 2007, p. 02). São eles: o marco histórico, o filosófico e o teórico.

2.4.1 Marco histórico

Considera-se como marco histórico do neoconstitucionalismo a Segunda Guerra Mundial. Após esse período, o direito constitucional passou por profundas transformações, apresentando como principais referências a Lei Fundamental de Bonn (1949), a Constituição da Itália (1947), a criação do Tribunal Constitucional Federal (1951), bem como da Corte Constitucional (1956), a Constituição de Portugal (1976) e a Constituição da Espanha (1978).

Com a queda dos governos autoritários, tornou-se necessária a criação de direitos e garantias fundamentais, além de mecanismos capazes de controlar a Constituição, a fim de proteger os cidadãos contra os arbítrios dos governantes.

Neste momento, além de considerar se a lei foi editada de acordo com o processo legislativo, tendo validade formal, o direito começou a ser “compreendido dentro das respectivas relações de poder, sendo intolerável que, em nome da ‘vontade do legislador’, tudo que o Estado fizesse fosse legitimado” (CAMBI, 2007, p. 04). Neste cenário de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, intensificou-se o vínculo existente entre o direito e a política, e a dignidade da pessoa humana passou a ser o centro dos sistemas jurídicos.

Sobre este processo, leciona Luís Roberto Barroso (2007, p. 03):

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático.

Por sua vez, no Brasil, a consolidação da constitucionalização ocorreu através da promulgação da Constituição Federal de 1988, que representou a transição de um governo autoritário para o Estado Democrático de Direito.

2.4.2 Marco filosófico

O neoconstitucionalismo apresenta como marco filosófico o pós-positivismo, no qual a ideologia de “lei como expressão da ‘vontade geral’ foi superada pela hermenêutica jurídica que (...) desenvolveu a distinção entre as regras e os princípios, para dar força normativa a estes” (CAMBI, 2007, p. 05).

Observa-se que até esta quebra de paradigma nos ordenamentos jurídicos, as regras prevaleciam e os princípios tinham aplicação secundária, sendo empregados somente para preencher lacunas existentes na lei. Entretanto, a partir desta mudança, os princípios adquiriram força normativa, conferindo maior efetividade à Constituição.

2.4.3 Marco teórico

De acordo com Luís Roberto Barroso (2007, p. 05), o neoconstitucionalismo no aspecto teórico é marcado por três vertentes: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

2.4.3.1 A força normativa da Constituição

Não há dúvida que as relações de poder existentes em um país estão consagradas em sua Constituição. Confirma Konrad Hesse (1991, p. 09):

(...) a Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes: o poder militar, representado pelas forças armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital e, finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura gerais.

Entretanto, inicialmente, a Constituição era vista como “uma carta de intenções políticas” (CAMBI, 2007, p. 06), isto é, como “um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Políticos” (BARROSO, 2007, p. 05). Desta maneira, era discricionariedade do legislador, bem como do governante, concretizar as disposições trazidas no texto constitucional. O judiciário, por sua vez, não possuía relevância na efetivação de tais disposições.

Em meados do século XX, esta ideologia existente até então, foi alterada. Rompeu-se com o constitucionalismo clássico e através a

reconstitucionalização, a norma constitucional passou a ser considerada norma jurídica, dotada de força normativa.

A partir desta quebra de paradigma, “as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação” (BARROSO, 2007, p. 06).

Com efeito, ao considerar que as leis trazidas pela Constituição são normas jurídicas com força normativa, é indispensável reconhecer que as regras, assim como os princípios trazidos no texto constitucional, também são dotados de normatividade e regulam a vida em sociedade.

Destarte, de acordo com Eduardo Cambi (2007, p. 07), a normatividade das normas constitucionais significa fundamentalmente:

(...) i) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); ii) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores (Executivo, Legislativo e Judiciário), os quais devem tomá-las como diretivas materiais permanente; iii) servirem de limites materiais negativos dos poderes públicos, devendo ser considerados inconstitucionais os atos que as contrariam.

No Brasil, esta vinculação às normas constitucionais começou a ser discutida na década de 80, tendo encontrado forte resistência, haja vista que “além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional” (BARROSO, 2007, p. 06). Contudo, foi com a Constituição Federal de 1988 que tais controvérsias cessaram, sendo reconhecida a forma normativa do texto constitucional.

2.4.3.2 A expansão da jurisdição constitucional

Antes da Segunda Guerra Mundial, a maioria dos países europeus era caracterizada pela supremacia no Parlamento, que prevalecia sob os outros poderes, ditando as normas que regiam a vida em sociedade.

No entanto, neste cenário pós-guerra, em que os cidadãos buscavam mecanismos capazes de tutelar os direitos fundamentais, foram editadas novas constituições, iniciando na maior parte da Europa e demais continentes um novo modelo, no qual se verifica a supremacia da Constituição, bem como dos direitos fundamentais consagrados nas normas constitucionais.

Neste novo contexto em que os direitos fundamentais estão assegurados constitucionalmente, o acesso à justiça foi ampliado, resultando, por conseguinte, no aumento da litigiosidade.

Assim, tornou-se imprescindível a adoção de um modelo de controle de constitucionalidade e a criação de tribunais aptos a realizá-lo. No Brasil, o controle de constitucionalidade é realizado de forma incidental, por meio da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da ação direta interventiva pelo Poder Judiciário.

Nesse diapasão, o magistrado de qualquer instância pode verificar se há compatibilidade entre um ato normativo ou uma lei e a Constituição pátria. Isto, porque, em decorrência do princípio da supremacia da Constituição, nenhum ato normativo ou lei pode violar o texto constitucional, sob pena de perder validade e ser censurado pelo Poder Judiciário.

2.4.3.3 A nova interpretação constitucional

Considerando que a partir da reconstitucionalização as normas constitucionais adquiriram força normativa, tornando-se normas jurídicas, “a interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica” (BARROSO, 2007, p. 08). Por conseguinte, a interpretação do texto constitucional será realizada a partir dos métodos tradicionais de interpretação do direito, a saber, gramatical, histórico, teleológico e sistemático.

Entretanto, em decorrência das peculiaridades das normas constitucionais, a doutrina e a jurisprudência estabeleceram princípios específicos à interpretação destas normas, conforme aduz Luís Roberto Barroso (2007, p. 08):

(...) as especificidades das normas constitucionais (v. supra) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, (...): o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

Constata-se que embora sejam adotados princípios específicos à interpretação da norma constitucional, os métodos tradicionais de interpretação ainda são empregados, porém, por não serem suficientes para solucionar determinados problemas de ordem constitucional, estabeleceu-se uma nova interpretação da Lei Magna, revitalizando-se a hermenêutica do direito.

De acordo com esta nova interpretação, nem sempre o operador do direito encontrará a solução para o conflito de interesse no texto da norma constitucional, devendo analisar o caso concreto à luz da Constituição, valorando cláusulas abertas e princípios.

2.5 A transformação do princípio da legalidade

Ante a crise da legalidade, indaga-se se o princípio da legalidade continua a ser a base do Estado de Direito. De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 64), para esta pergunta, “a resposta é inequivocamente afirmativa”, haja vista que a lei representa a vontade do povo, que é veiculada pelo Poder Legislativo e vincula o Poder Executivo, bem como o Poder Judiciário. Assim, o poder decorre da lei, sendo ilegítimo o poder exercido sem fundamento na lei.

Entretanto, adverte Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 45) que “o princípio da legalidade obviamente não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico”. Isto, porque, anteriormente o princípio da legalidade implicava “na redução do direito à lei” (MARINONI, 2008, p. 45), porém, considerando que a lei representa a vontade do grupo mais forte existente no parlamento, torna-se necessário submeter as leis editadas ao controle de constitucionalidade, observando se está em consonância com os princípios e direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Destarte, não basta examinar se a lei foi editada de acordo com o procedimento legislativo. É imprescindível analisar sua substância, verificando se está em sintonia com as normas constitucionais, que adquiriram força normativa a partir da reconstitucionalização. Nesta esteira, a supremacia da lei, dá lugar à supremacia da Constituição, razão pela qual aquela se subordina a esta.

Desta maneira, tornou-se necessário dar nova feição ao princípio da legalidade, eis que “se antes esse princípio era visto em uma dimensão formal, agora ele tem conteúdo substancial, pois requer a confrontação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais” (MARINONI, 2008, p. 46). O princípio da legalidade formal foi, portanto, substituído pelo princípio da estrita legalidade, também denominado princípio da legalidade substancial.

3 ASPECTOS GERAIS DO INSTITUTO DA PROVA

É evidente que durante a instrução criminal visa se estabelecer como os fatos ocorreram, reconstruindo-os, a fim de se demonstrar a materialidade, bem como a autoridade delitiva e, por conseguinte, formar a convicção do magistrado, que, por meio da sentença, decidirá a respeito da condenação ou da absolvição do acusado.

Portanto, “o convencimento do julgador é o anseio das partes de litigam em juízo, que procurarão fazê-lo por intermédio do manancial probatório carregado aos autos” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 307). Verifica-se que durante o processo, objetiva-se apurar a veracidade de alegações e fatos por intermédio do arcabouço probatório existente nos autos.

3.1 Conceito e finalidade

O vocábulo prova deriva do latim *probatio* (*probus*) e significa verificar, ensaiar, inspecionar, examinar, argumentar, aprovar, confirmar, tendo derivado, portanto, do verbo *probare* e relaciona-se com a apuração da verdade no tocante aos fatos controversos existentes no processo.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 55), “a definição de prova vem ligada à ideia de reconstrução (pesquisa) de um fato, que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o a ter certeza sobre os eventos ocorridos e permitindo-lhe exercer a sua função”.

Nesse mesmo sentido, manifesta-se César Dario Mariano da Silva (2007, p. 05), lecionando que “provar significa demonstrar a verdade sobre algo, persuadindo o espírito do julgador a fim de convencê-lo do alegado”. Corroborando tal entendimento, C. J. A. Mittermaier (2008, p. 79) estabelece que “provar é querer,

em substância, demonstrar a verdade e convencer o juiz, o qual para decidir há mister de adquirir pela certeza”.

Frisa-se, entretanto, que o vocábulo prova não é unívoco, razão pela qual Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 833/835) pondera que, “na verdade, há três acepções da palavra *prova*”: prova como atividade probatória, prova como resultado e prova como meio. No mesmo sentido aduz Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2011, p. 114):

(...) o termo “prova” não é unívoco. Em uma primeira acepção, indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os “meios de prova”.

A acepção de prova como atividade probatória consiste na “produção de meios e atos praticados no processo visando o conhecimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa” (LIMA, 2011, p. 834). A partir desta acepção, pode-se concluir que as partes possuem direito à prova, que é um desdobramento do direito de ação e se refere não apenas ao direito de propor a ação, mas de produzir as provas necessárias, a fim de comprovar, em juízo, as alegações aduzidas ao longo da persecução penal.

Pondera Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 834) que “esse direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório, não é absoluto”, pois, a República Federativa do Brasil consiste em um Estado Democrático de Direito, no qual o processo penal deve ser pautado nos direitos fundamentais e princípios consagrados na Constituição Federal, não admitindo a produção de provas que violem o ordenamento jurídico vigente, sob pena de violar o princípio da legalidade.

Por sua vez, a acepção de prova como resultado se refere a “formação da convicção do órgão julgador no curso de processo quanto à existência (ou não) de determinada situação fática” (LIMA, 2011, p. 834). Cuida-se da formação do convencimento do magistrado a respeito das alegações formuladas pelas partes em juízo.

Por fim, a acepção de prova como meio consiste nos “instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática” (LIMA, 2011, p. 835).

Como se observa, no âmbito do direito processual penal, a finalidade da prova é a “obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 308). Nessa mesma linha, lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

(...) a função da prova é se prestar como peça de argumentação no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal.

Verifica-se assim, que a prova objetiva “a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando maior coincidência possível com a realidade histórica” (LIMA, 2011, p. 841), formando o convencimento do magistrado, o qual será veiculado por meio da sentença que irá prolatar, condenando ou absolvendo o acusado.

Contudo, é indispensável ressaltar que a verdade absoluta a respeito dos fatos jamais será alcançada. Segundo Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 841), se busca a “verdade processual, ou seja, aquela verdade que pode ser atingida através da atividade probatória desenvolvida durante o processo”.

Confirma Vicente Greco Filho (2009, p. 186):

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

E ainda pondera C. J. A. Mittermaier (2008, p. 88):

(...) Com efeito, em todos os casos se pode imaginar uma combinação extraordinária de circunstâncias, capaz de destruir a certeza adquirida. Porém, a despeito desta possível combinação, não ficará o espírito menos satisfeito, quando motivos suficientes sustentarem a certeza, quando todas as hipóteses razoáveis tiverem sido figuradas e rejeitadas após maduro

exame; então o juiz julgar-se-á, com segurança na posse da verdade, objeto único de duas indagações: e é, sem dúvida, essa certeza da razão, que o legislador quis que fosse a base para o julgamento. Exigir mais seria querer o impossível; porque em todos os fatos que dependem do domínio da verdade histórica jamais se deixa atingir a verdade absoluta. Se a legislação recusasse sistematicamente admitir a certeza todas as vezes que uma hipótese *contrária* pudesse ser imaginada, se veriam impunes os maiores criminosos, e, por conseguinte, a anarquia fatalmente introduzida na sociedade.

Diante da impossibilidade de se alcançar a verdade absoluta no que tange a dinâmica de como se deram fatos, fica evidenciado que “a prova será suficiente para a condenação quando reduzir ao máximo a margem de erros, levando o juiz a concluir pela certeza revestida por uma confortadora probabilidade de exatidão” (SILVA, 2007, p. 06/07).

Desta maneira, é a partir da verdade processual que o magistrado irá proferir a decisão, havendo a condenação quando a materialidade e a autoria delitiva restarem amplamente demonstradas ao longo da instrução criminal, extinguindo as dúvidas razoáveis a respeito da inocência do acusado.

3.2 Destinatários da prova

Os destinatários da prova são aqueles que irão formar seu convencimento a partir da verdade obtida através da atividade probatória desenvolvida no processo. Segundo Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 308) o magistrado é o destinatário direto da prova e as partes, por sua vez, são as destinatárias indiretas, eis que “convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão” (ANTONNI E TÁVORA, 2009, p. 308).

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 839), “parte da doutrina sustenta que o Ministério Público também pode ser destinatário da prova”, haja vista que, tratando-se de ação penal pública, as prova produzidas na fase extrajudicial objetivam formar a convicção do órgão ministerial.

No entanto, o citado doutrinador discorda desta parcela da doutrina, posto que na fase administrativa “não se pode usar a expressão ‘prova’, salvo no caso de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (LIMA, 2011, p. 840), havendo tão somente, elementos informativos, que são colhidos na fase inquisitiva, sem a participação das partes. Conclui o mencionado jurista, que o Ministério Público é o destinatário destes elementos informativos e não de provas.

3.3 Objeto da prova

Costuma-se afirmar que “o objeto da prova, ou *thema probandum*, é a coisa, fato, acontecimento ou circunstância que deva ser demonstrado no processo” (MARQUES, 2000, p. 331), uma vez que “interessa à solução de uma controvérsia submetida à apreciação judicial” (LIMA, 2011, p. 847).

Constata-se, no processo penal, que as provas colhidas durante a persecução penal visam demonstrar a veracidade ou a falsidade dos fatos imputados ao réu na peça acusatória, bem como dos fatos que este alega em juízo, sendo “objeto de prova tão-só o que diz respeito às questões de fato surgidas no processo” (MARQUES, 2000, p. 331).

No entanto, de acordo com Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 847), “o objeto da prova não são os fatos”, haja vista que será impossível reconstruir integralmente o que ocorreu, razão pela qual o mencionado doutrinador leciona “o objeto da prova é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo” (LIMA, 2011, p. 847).

Em regra, as questões de fato relevantes à solução das controvérsias existentes no processo serão objeto de prova. Entretanto, esta regra está sujeita a exceções, havendo situações, nas quais se faz necessário provar o direito consuetudinário, regulamentos, portarias, o direito estrangeiro, estadual e municipal, bem como as máximas de experiência.

Neste sentido ensina José Frederico Marques (2000, p. 331/332):

O direito estrangeiro e o direito consuetudinário podem ser objeto de prova. E o mesmo se diga do direito singular emanado de autarquias no uso de seu poder regulamentar, e ainda de portarias, instruções, ordens internas e disposições disciplinares de repartições públicas, secretarias de Estado e ministérios. Ainda constituem objeto de prova as chamadas máximas de experiência, que se ligam, normalmente, a juízos de valor relevantes na aplicação da norma jurídica.

É certo ainda, que no processo penal, em decorrência do princípio da presunção de inocência, “os fatos não contestados ou incontroversos também devem ser objeto de prova” (LIMA, 2011, p. 848). Nesta esteira, ainda que o acusado confesse a prática delituosa ou venha a ser decretada sua revelia com fundamento no disposto no artigo 367, do Código de Processo Penal¹, os fatos alegados na peça acusatória não podem ser tidos como verdadeiros, devendo o Ministério Público ou o querelante se desincumbir do ônus probatório que lhe é imposto.

De outra banda, o direito federal, os fatos notórios, axiomáticos ou intuitivos, inúteis ou irrelevantes, bem como as presunções legais, absolutas ou relativas, independem de prova.

3.4 Meios de prova

Os meios de prova “são os instrumentos pessoais e materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato” (GRECO FILHO, 2009, p. 188). No mesmo sentido, ensina Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 311) que “os meios de prova são os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento”.

¹Artigo 367, do Código de Processo Penal - O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

Observa-se que os meios de prova são as fontes probantes por meio das quais se comprovam as alegações formuladas pelas partes no processo, formando o convencimento do magistrado.

O Código de Processo Penal pátrio aponta e disciplina alguns meios de prova, os quais são denominados de meios legais e provas nominadas, posto que se encontram expressamente previstos na lei.

A propósito, leciona Vicente Greco Filho (2009, p. 188):

O Código disciplina os seguintes meios de prova: o exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184), o interrogatório do acusado (arts. 185 a 196), a confissão (arts. 197 a 200), as perguntas ao ofendido (art. 201), as testemunhas (arts. 202 a 225), o reconhecimento de pessoas ou coisas (art. 226 a 228), a acareação (arts. 229 e 230), os documentos (arts. 231 a 238), os indícios (art. 239) e a busca e apreensão (arts. 240 a 250). Os indícios, como adiante se verá, não são meios de prova.

Entretanto, o legislador infraconstitucional não apontou os meios de prova de forma exaustiva, sendo admitidos, em decorrência do princípio da verdade real, outras fontes probantes, “desde que consentâneas com a cultura do processo moderno, ou seja, que respeitam os valores da pessoa humana e a racionalidade” (GRECO FILHO, 2009, p. 188).

Assim se manifesta Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 311):

O CPP não traz de forma exaustiva todos os meios de prova admissíveis. Podemos, nesse viés, utilizar as provas nominadas, que são aquelas disciplinadas na legislação, trazidas nos arts. 158 a 250 do CPP, e também as inominadas, é dizer, aquelas ainda não normatizadas (atípicas). O princípio da verdade real, iluminando a persecução criminal, permite a utilização de meios probatórios não disciplinados em lei, desde que moralmente legítimos e não afrontadores do próprio ordenamento.

Nesse passo, conclui-se que “a liberdade probatória é a regra, e as limitações figuram no âmbito da exceção” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 311), sendo inadmitidas as provas inominadas que violem a leis e os princípios norteadores do processo penal.

Sobre este assunto, pondera José Frederico Marques (2000, p. 333/334):

De um modo geral, são inadmissíveis os meios de prova que a lei proíba e aqueles que são incompatíveis com o sistema processual em vigor. Tais como: a) os meios probatórios de invocação ao sobrenatural; b) os meios probatórios que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana.

Confirma Vicente Greco Filho (2009, p. 189):

Não serão admissíveis as ordálias, ou juízos divinos, segundo as quais as pessoas eram submetidas a provas físicas para demonstrar que tinham razão. Igualmente inadmissível a prova fundada em crença sobrenatural que escapa às limitações da razão, conforme atualmente reconhecida.

Desta maneira, por vigorar no âmbito do processo penal o princípio da verdade real, há ampla liberdade probatória, não se admitindo somente as provas vedadas pelo ordenamento jurídico, as consideradas imorais e que violem os princípios aplicáveis aos processos.

3.5 Princípios relativos às provas no processo penal

A atividade probatória tem por escopo a reconstrução da dinâmica de como se deram os fatos, visando a maior coincidência entre a verdade processual e a realidade histórica, a fim de comprovar a materialidade e autoria delitiva, formando o convencimento do julgador, o qual, através da sentença, irá condenar ou absolver o acusado.

As provas, visando atingir esta finalidade, devem ser produzidas a partir dos princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 916/931), bem como Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 330/331), no processo penal, podem ser

apontados os seguintes princípios relativos à atividade probatória: princípio da presunção de inocência, da proporcionalidade, da não incriminação, da busca da verdade material, da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, da comunhão da prova, da autorresponsabilidade das partes, da oralidade, da audiência contraditória, da publicidade, da liberdade probatória e do livre convencimento motivado.

3.5.1 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, também chamado de princípio da não culpabilidade, já estava consagrado no artigo 9º, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, segundo o qual “todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado”. Corroborando esta disposição, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LVII, assegurou a todos os cidadãos que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrando “a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito, como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal” (MORAES, 2006, p. 272).

Ensina Alexandre de Moraes (2006, p. 273):

O princípio da *presunção de inocência* consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal (*due process of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 917), “desse princípio derivam duas regras fundamentais: a regra probatória e a regra de tratamento”.

Em decorrência da regra probatória, a parte acusatória (Ministério Público ou querelante) tem o ônus de comprovar a culpabilidade do acusado,

demonstrando sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a ocorrência dos fatos que lhe são imputados. Por sua vez, o acusado está desincumbido de provar sua inocência e de contribuir para a apuração da verdade.

Nesta esteira, conclui Alexandre de Moraes (2006, p. 272):

(...) há a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal. A presunção de inocência é uma presunção *juris tantum*, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa.

Vale ressaltar que tal regra será empregada sempre que houver dúvida a respeito de fato importante à decisão da controvérsia existente no processo, sendo que “para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, o contrário do que é garantido pela presunção de inocência, impondo a necessidade da certeza” (LIMA, 2011, p. 917).

Portanto, segundo Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 917), “nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*” e, este consiste em “um dos instrumentos processuais previstos para garantia de um princípio maior, que é o *princípio da inocência*” (MORAES, 2006, p. 276), haja vista que havendo dúvida razoável sobre os fatos, a absolvição do acusado é medida de rigor.

Por fim, em razão da regra de tratamento derivada do princípio da presunção de inocência, “tem-se que ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado” (LIMA, 2011, p. 918). Em decorrência deste princípio, a privação da liberdade, antes que a sentença condenatória transite em julgado, é medida excepcional, sendo admitida somente, nas hipóteses elencadas na legislação vigente e se presentes os requisitos legais.

3.5.2 Princípio da proporcionalidade

No âmbito do processo penal, “o Poder Público não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade” (LIMA, 2011, p. 919). Sendo assim, o princípio da proporcionalidade é empregado a fim de definir a razoabilidade dos atos praticados pelo Estado, combatendo os excessos.

Contudo, em decorrência da complexidade a respeito do princípio da proporcionalidade, o qual vem sendo amplamente discutido na doutrina e empregado na jurisprudência dos Tribunais pátrios, principalmente no que diz respeito à prova ilícita, considerações mais detalhadas a respeito do citado princípio, bem como de suas vertentes, serão realizadas em momento oportuno.

3.5.3 Princípio da não autoincriminação

O princípio da não autoincriminação, também denominado de princípio do *nemo tenetur se detegere*, assegura que “ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo” (LIMA, 2011, p. 925). Isto, porque, o artigo 8º, II, *g*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)², bem como o artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal³ asseguram que nenhum cidadão será compelido a produzir provas contra si, inexistindo a obrigatoriedade do acusado depor e se declarar culpado, sendo tutelado pelo texto constitucional o direito de permanecer em silêncio.

²Artigo 8º, II, *g*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

³Artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

3.5.4 Princípio da busca da verdade material

No processo civil, onde geralmente direitos disponíveis são objeto de litígio, vigora o princípio dispositivo, segundo o qual as provas devem ser produzidas pelas partes. Por sua vez, no processo penal, por ser a liberdade um direito indisponível, aplica-se “o princípio da verdade material, também conhecido como princípio da verdade substancial ou real” (LIMA, 2011, p. 925), de acordo com o qual, além das partes, o juiz pode determinar *ex officio*, a produção de provas.

Entretanto, adverte Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 925), que “já não há mais espaço para a dicotomia entre verdade formal, típica do processo civil, e verdade material, própria do processo penal”, haja vista que mesmo no âmbito penal, é impossível se apurar a verdade absoluta. Busca-se, apenas e tão somente, por meio das provas encartadas nos autos, a maior aproximação possível com a realidade.

3.5.5 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

O mencionado princípio está expressamente previsto no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, o qual prevê que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

3.5.6 Princípio da comunhão da prova

De acordo com este princípio, também denominado princípio da aquisição, após a prova ser colhida, esta não pertence exclusivamente ao juiz, nem a parte que a produziu, podendo “ser utilizada por qualquer das partes” (LIMA, 2011, p. 926).

Entretanto, somente pode-se falar em comunhão das provas a partir do momento que estas já foram produzidas. Sendo assim, “enquanto a prova não foi produzida, a parte pode desistir de sua produção” (LIMA, 2011, p. 926). Destarte, caso a parte, no decorrer da audiência, decida não ouvir uma testemunha que arrolou, “poderá livremente desistir de sua oitiva, independente da concordância da parte contrária” (LIMA, 2011, p. 926). No entanto, o magistrado, em decorrência de seus poderes instrutórios e da busca pela verdade real, pode querer ouvi-la (artigo 401, §2º, do Código de Processo Penal⁴).

Adverte Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 330):

(...) Deve ser analisada com cautela a previsão do art. 401, §2º do CPP, autorizando que a parte desista de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvando apenas a possibilidade do magistrado determinar a oitiva de ofício. Apesar da omissão legal, se a parte contrária insistir na oitiva, a testemunha deve ser ouvida, em atenção ao princípio da comunhão.

Verifica-se, portanto, que há divergência doutrinária no que diz respeito a possibilidade da parte requerer a oitiva de testemunhas arroladas pela parte contrária, quando esta desiste de ouvi-las. Segundo Renato Brasileiro de Lima, a desistência independe de concordância da parte contrária, eis que o princípio da comunhão das provas somente se aplica a partir do momento em que as provas são produzidas. Todavia, para Nestor Távora e Rosmar Antonni, ainda que a parte desista, a parte contrária pode insistir na oitiva das testemunhas.

3.5.7 Princípio da autorresponsabilidade das partes

Segundo este princípio, “as partes assumem as consequências de sua inatividade, erro ou negligência, em relação à prova de suas alegações” (LIMA, 2011, p. 926), razão pela qual “a frustração ou o êxito estão ligados à conduta probatória do interessado no transcorrer da instrução” (ANTONNI e TÁVORA, 2009,

⁴Artigo 401, §2º, do Código de Processo Penal - A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código.

p. 330). Desta maneira, tratando-se de crime apurado por meio de ação penal pública, na hipótese do Ministério Público não demonstrar a materialidade e a autoria delitiva, a absolvição será a medida de rigor.

3.5.8 Princípio da oralidade

O princípio da oralidade exige “a predominância da palavra falada” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 330), sendo que antes das alterações promovidas pela Lei nº. 11.719/2008, bem como pela Lei nº. 11.689/2008, este princípio somente era adotado nos Juizados Especiais Criminais. Porém, com o advento das referidas legislações, “a oralidade passou a ser adotada, como regra, no procedimento comum e também no procedimento do júri” (LIMA, 2011, p. 927), ensejando a concentração dos atos processuais em uma única audiência ou na menor quantidade delas (princípio da concentração) e a aproximação do magistrado às partes, bem como a atividade probatória (princípio da imediatidade).

Ademais, decorre do princípio da oralidade, a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. No entanto, adverte Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 927) que, isso “não significa dizer que decisões arbitrárias não possam ser impugnadas”, podendo ser discutidas em sede de apelação, mandado de segurança e *habeas corpus*.

Frisa-se ainda, que em decorrência deste princípio, a Lei nº. 11.719/2008 alterou a redação do artigo 399, §2º, do Código de Processo Penal⁵, consagrando, no âmbito do processo penal, o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual “o magistrado que preside a instrução é necessariamente aquele que irá julgar o processo” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 331). Todavia, em que pese o Código de Processo Penal ser omissivo no tocante as exceções a este princípio, aplica-se, por analogia, o disposto do artigo 132, do Código de Processo

⁵Artigo 399, §2º, do Código de Processo Penal - O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

Civil⁶, de acordo com o qual, o magistrado que concluir a instrução criminal não julgará o processo quando for “convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou afastado”.

3.5.9 Princípio da audiência contraditória

O referido princípio assegura que as provas devem ser produzidas sob o crivo do contraditório, tendo a parte contrária a oportunidade de se manifestar a respeito das provas encartadas aos autos.

3.5.10 Princípio da publicidade

Segundo Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 331) “a regra é a publicidade dos atos, havendo, entretanto, possibilidades excepcionais de sigilação”, as quais, a teor do artigo 792, §1º, do Código de Processo Penal⁷, ocorrem quando “a publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem”. Destaca-se ainda, que, nos termos do artigo 1º, da Lei nº. 9.296/1996⁸, as interceptações de comunicações telefônicas serão realizadas de forma sigilosa.

⁶Artigo 132, do Código de Processo Civil - O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

⁷Artigo 792, §1º, do Código de Processo Penal - Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

⁸Artigo 1º, da Lei nº. 9.296/1996 - A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

3.5.11 Princípio da liberdade probatória

Considerando que no âmbito do processo penal, de um lado há “o interesse do indivíduo na manutenção de seu *ius libertatis*” (LIMA, 2011, p. 928) e de outro, há o *ius puniendi* do Estado, vigora o princípio da liberdade probatória no que diz respeito ao momento, tema e meios de produção de prova.

No processo penal, em regra, “as provas podem ser produzidas a qualquer momento” (LIMA, 2011, p. 928). Contudo, há exceções a esta regra, como, por exemplo, no que diz respeito à indicação do rol de testemunhas, que deve ser realizada na peça acusatória e na resposta à acusação, sob pena de preclusão temporal. Entretanto, levando-se em consideração o princípio da busca da verdade material, o magistrado pode determinar *ex officio* a oitiva de testemunhas posteriormente arroladas.

Confirma Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 929):

No entanto, não se pode perder de vista que o princípio da busca da verdade autoriza que o juiz produza provas de ofício no curso do processo. Logo, ainda que as partes tenham deixado de apresentar o rol no momento processual oportuno, nada impede que o magistrado determine a oitiva de tais testemunhas com fundamento no art. 156, inc. II, c/c art. 209, *caput*, do CPP.

Outra exceção no tocante ao momento da produção da prova, encontra-se consagrada no artigo 479, do Código de Processo Penal, segundo o qual “durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte”.

Por sua vez, no que diz respeito ao tema da prova, somente os fatos relevantes e pertinentes serão objeto de prova.

Por fim, no que tange aos meios de produção de prova, em razão do princípio da liberdade probatória, as partes poderão se valer dos meios nominados e também dos inominados, desde que estejam em consonância com o ordenamento

jurídico brasileiro, bem como com a moral e a ética, não sendo admitidas as provas obtidas a partir de meios ilícitos.

Ademais, devem ser observadas as restrições ao princípio da liberdade probatória constantes no artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, segundo o qual “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil” e no artigo 207, do mesmo *Codex*, que assegura que “são proibidas de depor as pessoas que, em razão da função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu depoimento”. Nessa mesma linha, o artigo 243, §2º, do Código de Processo Penal estabelece que “não será permitida a apreensão de documentos em poder do defensor do acusado, salvo quanto constituir elemento do corpo de delito”.

3.5.12 Princípio do livre convencimento motivado

O princípio do livre convencimento motivado assegura ao julgador a “liberdade para decidir, desde que o faça de forma motivada” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 331). Sendo assim, o magistrado analisará, livremente, as provas encartadas nos autos, formando seu convencimento, devendo somente fundamentar a decisão.

4 PROVA ILÍCITA

No Estado de Direito, a atuação da Administração deve ser “determinada e limitada pelo direito” (CANOTILHO, 1999, p. 11). Há, portanto, a supremacia das leis e da Constituição, na qual direitos e garantias fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, são tutelados.

Nesta “forma de organização político-estadual” (CANOTILHO, 1999, p. 11), “a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço” (LIMA, 2011, p. 883), não sendo o direito probatório absoluto.

Confirma Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2011, p. 123):

O direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação e da defesa e do contraditório, não é absoluto, encontrando limites.

Destarte, embora se almeje, por meio do processo, a verificação da verdade, não se admite para tanto, a utilização de provas obtidas a partir de violações ao ordenamento jurídico.

Adverte Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 884):

(...) seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direito, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal. Além da proteção aos direitos e garantias fundamentais, a vedação das provas ilícitas também funciona como forma de controle da regularidade da persecução penal, atuando como fator inibidor e dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais.

No mesmo sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 303):

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorizado no processo.

E ainda leciona Paulo Rangel:

No Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios. Não há como se garantir a dignidade da pessoa humana admitindo uma prova obtida com violação às normas legais em vigor. Do contrário, estaríamos em um Estado opressor, totalitário e não Democrático de Direito (cf. art. 1º da CRFB).

Posto isto, verifica-se que uma das limitações impostas pelo legislador ao direito probatório, “tem assento constitucional: inciso LVI do art. 5º” (RANGEL, 2008, p. 429) e consiste na “inadmissibilidade da utilização no processo de provas obtidas por meios ilícitos” (LIMA, 2011, p. 885).

A propósito, ensina Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 312):

(...) A Carta Magna, no seu art. 5º, LVI, traz o principal obstáculo, consagrando a inadmissibilidade, no processo, “das provas obtidas por meios ilícitos”. Seria impensável uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins justificam os meios, inclusive na admissão de provas ilícitas. O Estado precisa ser sancionado quando viola a lei, e assegurar a imprestabilidade das provas colhidas em desrespeito à legislação é frear o arbítrio, blindando as garantias constitucionais, e eliminando aqueles que trapaceiam, desrespeitando as regras do jogo.

O legislador, através do disposto no mencionado artigo, veda a utilização das provas ilícitas no processo, sendo esta uma garantia fundamental assegurada constitucional aos cidadãos, limitando a liberdade do direito probatório.

4.1 Provas ilícitas, ilegítimas e irregulares

A Carta Magna brasileira em seu artigo 5º, LVI, veda o emprego das provas ilícitas. Todavia, não definiu tais provas, “nem tampouco regramento legal acerca das consequências de sua utilização no processo” (LIMA, 2011, p. 885), cabendo aos operadores do direito, baseados na doutrina, obter tal conceito, distinguindo provas ilícitas e ilegítimas, bem como estabelecer as consequências de sua utilização no processo.

Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 312) afirmam que a prova será vedada quando “sua produção implique em violação da lei ou de princípios de direito material ou processual”, razão pela qual não será admitida no processo. Ressaltam, ainda, que as provas vedadas são gênero, do qual são espécies as provas ilícitas, ilegítimas e irregulares.

Diz-se que provas ilícitas são aquelas obtidas “através da violação de regra de direito material” (LIMA, 2011, p. 885). Neste mesmo sentido, se manifesta Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2011, p. 123):

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.

Confirma Paulo Rangel (2008, p. 431):

(...) será ilícita quando a ofensa for ao direito material. São provas ilícitas as obtidas com violação ao domicílio (cf. art. 5º, XI, da CRFB) ou ao sigilo das comunicações telefônicas, sem ordem judicial (cf. art. 5º, XII, da CRFB c/c art. 1º da Lei nº 9.296/96); as conseguidas mediante tortura e maus-tratos (cf. art. 5º, III, da CRFB).

De outra banda, as provas serão consideradas ilegítimas quando “violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie”

(ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 312). A propósito, Paulo Rangel (2008, p. 432) define prova ilegítima como “aquela que é proibida pelo direito processual”, tais como aquelas “obtidas com violação ao disposto no artigo 207 c/c 210 c/c 226 c/c §2º do art. 243, todos do CPP” (RANGEL, 2008, p. 432).

Por sua vez, Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 887) aponta “a existência de prova obtida por meios ilícitos e ilegítimos, simultaneamente”, por ser obtida a partir de violação, concomitante, a norma de direito material e de direito processual.

Por fim, há ainda, as provas irregulares, que consistem nas provas “permitidas pela legislação processual, mas na sua produção, as formalidades legais não são atendidas” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 312). A respeito destas provas, acrescenta Paulo Rangel (2008, p. 431):

São irregulares as provas que, não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades existentes. Quer-se dizer, embora a lei processual admita (não proibida) um determinado tipo de prova, ela exige, para sua validade, o cumprimento de determinadas formalidades que não são cumpridas. Nesse último caso elas serão irregulares. Exemplo: a busca e apreensão domiciliar é permitida (cf. art. 5º, XI, da CRFB c/c art. 240 do CPP), mas o mandado deve conter todos os requisitos legais exigidos no art. 243 do CPP. Se no mandado constar que o objeto a ser apreendido é uma arma de fogo não poderá ser apreendida uma camisa suja de sangue nem qualquer outro instrumento que não conste no mandado, sob pena de colheita de prova irregular.

O doutrinador Paulo Rangel classifica as provas irregulares como uma das espécies do gênero provas vedadas (ou provas ilegais).

Nestor Távora e Rosmar Antonni discordam “da utilidade dessa terceira classificação, afinal, as provas ditas irregulares estariam, em última análise, violando normas de caráter processual e logo seriam ilegítimas” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 313).

Apesar desta classificação proposta pela doutrina, vale ressaltar que, “a Constituição Federal não fez referência distintiva entre as provas ilícitas e ilegítimas” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 313), vedando a admissibilidade, no processo, das “provas obtidas por meios ilícitos” (artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988).

Todavia, o legislador ordinário ao alterar a redação do artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal por meio da Lei nº. 11.690/2008, prevendo que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim estendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, aqueceu as discussões doutrinárias, uma vez que não distinguiu se “a norma legal é material ou processual” (LIMA, 2011, p. 887).

Diante do silêncio do legislador no tocante “à natureza da norma legal que acarreta a ilicitude da prova” (LIMA, 2011, p. 887), parte da doutrina leciona que “será considerada ilícita tanto a prova que viole disposições materiais quanto processuais” (LIMA, 2011, p. 888).

Contudo, para outros doutrinadores, ao empregar a expressão “normas legais” no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, o legislador ordinário quis se referir, somente, às normas de direito material, devendo ser realizada uma interpretação restritiva do mencionado dispositivo legal. Neste sentido se posiciona Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 888):

(...) para outros doutrinadores, posição à qual nos filiamos, quando o art. 157, *caput*, do CPP, faz menção a normas legais, deve-se interpretar o dispositivo de maneira restritiva, referindo-se única e exclusivamente às normas de direito material, mantendo-se, quanto às provas ilegítimas, o regime jurídico da teoria das nulidades.

De acordo com esta corrente doutrinária, somente as provas obtidas por meio de violação às normas de direito material serão desentranhadas do processo, enquanto, as provas que violam normas de direito processual serão submetidas à teoria das nulidades.

4.2 Modalidades da prova ilícita: prova ilícita originária e prova ilícita por derivação

A prova ilícita originária, também chamada de prova originariamente ilícita, é aquela que embora tenha aparência de prova, não é, eis que se trata de

uma violação às “disposições de direito material ou princípios constitucionais penais” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 312). Trata-se de uma prova que fere o princípio da legalidade.

Por violar o ordenamento jurídico, esta prova, a teor do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal e do artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, não é admitida no processo. No entanto, tal proibição também se estende à prova ilícita por derivação, também denominada prova ilícita derivada.

A prova ilícita por derivação é aquela que, por si só, é lícita, porém, por ser produzida a partir de outra prova obtida ilicitamente, passa a ser ilícita. Corrobora Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 892):

Provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. A título de exemplo, suponha-se que alguém tenha sido constrangido, mediante tortura, a confessar a prática de um crime de homicídio. Indubitavelmente, essa confissão deverá ser ilícita. Pode ser que, dessa prova ilícita originária, resulte a obtenção de uma prova aparentemente lícita (v.g., localização e apreensão de um cadáver). Apesar da apreensão do cadáver ser aparentemente lícita, percebe-se que há um nexó causal inequívoco entre a confissão mediante tortura e a localização do cadáver.

Na mesma linha de pensamento Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 89):

Trata-se de hipótese em que, a partir de prova obtida ilicitamente, chega-se a uma prova que, vista isoladamente, seria lícita. Alguém confessa a prática de um crime de roubo mediante tortura e indica a pessoa com a qual está o produto do crime (prova obtida ilicitamente); a autoridade policial, com mandado judicial, ingressa na residência indicada e consegue apreender a coisa obtida com a prática infracional (prova obtida lícitamente, mas que derivou da confissão, feita em virtude da tortura).

Isto ocorre, porque, na busca pela verdade, há um nexó de causalidade entre as provas, segundo o qual uma leva à outra, havendo uma ligação entre a prova primitiva e outra dela derivada, formando o conjunto probatório que ensejará a condenação ou a absolvição do acusado.

Desta maneira, havendo uma prova ilícita, esta contamina as demais, se estendendo até a sentença, segundo o princípio da consequentialidade das provas. De acordo com este princípio, como uma prova é consequência da outra, “a ilicitude da obtenção de prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo” (FERNANDES, GOMES FILHO e GRINOVER, 2011, p. 130). Assim, “em um juízo de causa e efeito, tudo o que é originário de uma prova ilícita seria imprestável, devendo ser desentranhado dos autos” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 314).

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2011, 893), “o precedente que originou a construção do conceito de prova ilícita por derivação está ligado ao caso *Silverthorne Lumber Co. v. US, de 1920*”, no qual a Suprema Corte norte-americana negou validade a uma intimação, por entender que esta havia sido expedida a partir de informações obtidas através de uma busca realizada ilegalmente. A Suprema Corte entendeu que “a acusação não poderia usar no processo, a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca” (LIMA, 2011, p. 893).

Posteriormente, “no julgamento do caso *Nardone v. US (1939)*, foi cunhada a teoria dos frutos da árvore envenenada” (LIMA, 2011, p. 893) (*fruits of the poisonous tree doctrine* ou *taint doctrine*), a qual prevê que “o vício da planta se transmite a todos os seus frutos” (FERNANDES, GOMES FILHO e GRINOVER, 2011, p. 130). Destarte, “a prova ilícita produzida (árvore), tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos)” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 315). Por conseguinte, “existindo prova ilícita, as demais provas dela derivadas, mesmo que formalmente perfeitas, estarão maculadas no seu nascedouro” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 315).

Contudo, “o ápice dessa teoria foi atingido no famoso julgamento *MIRANDA v. ARIZONA*, de 1996” (LIMA, 2011, 893). Nesta ocasião, se consolidou o entendimento de que as declarações do acusado na fase policial, somente seriam consideradas válidas após este ter sido informado de seus direitos constitucionais e a ausência deste aviso ensejaria nulidade.

O referido tema não foi objeto de discussão somente na jurisprudência norte-americana, sendo também tratado na doutrina e nos Tribunais alemães.

A propósito:

O tema também tem sido objeto de consideração pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, que, não sem dissensões, têm se manifestado contra o chamado *efeito à distância* (*Fernwirkung*) em relação à prova proibida: entende o BGH, por exemplo, que, se o acusado é confrontado com o resultado de uma gravação ilícita, as declarações daí resultantes não podem ser valoradas como prova; mas se, nas mesmas condições, menciona fatos novos, estes já não constituem prova ilícita (GOMES FILHO, 2008, p. 266).

No Brasil, inicialmente, “o Supremo Tribunal Federal rechaçou a aplicação da referida teoria” (LIMA, 2011, p. 893), prevalecendo o posicionamento de que o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal vedava somente a admissibilidade das provas originariamente ilícitas e “não aquelas a que se chegou por meio daquelas, consideradas não como provas, mas apenas como pistas, e que foram produzidas ilicitamente” (LIMA, 2011, p. 893).

Entretanto, posteriormente, “o Pleno do Supremo Tribunal Federal voltou a se manifestar sobre o assunto, tendo se posicionado favoravelmente à adoção da teoria dos frutos da árvore envenenada” (LIMA, 2011, p. 894), vedando a admissibilidade da prova ilícita por derivação.

Confirma a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Prova ilícita: Escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, “nas hipóteses e na forma” por ela estabelecidas, posso o juiz, nos termos do art. 5, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres de contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro Impedido (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos na anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente (Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno - HC 69912 / RS - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - J. 16/12/1993).

HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5 (Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno - HC 72588 / PB - Rel. Min. Maurício Corrêa - J. 12/06/1996).

Destaca-se que as “provas obtidas por meios ilícitos contaminam única e exclusivamente aquelas que são unicamente delas decorrentes” (LIMA, 2011, p. 894), sendo admitida a condenação do acusado, desde que reste demonstrado nos autos, que a prova ilícita, capaz de contaminar as provas que dela se originaram, tenha sido corroborada por outras provas obtidas lícitamente.

Neste sentido manifestam-se Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 254):

Deixe-se claro, antes de mais nada, que a ilicitude da prova não contamina o fato a ser esclarecido, podendo se ligar, no máximo, a outras provas. Porém, uma prova ilícita não contamina, como é lógico, todo o material probatório, pois nada impede que um fato seja provado por meio de provas lícitas que nada tenham a ver com a prova ilícita. A prova obtida de modo ilícito pode propiciar uma outra prova, que então estará contaminada, mas nada impede que o fato que se desejou demonstrar seja objeto de uma prova que com ela não tenha qualquer vinculação. Esta última prova não pode ser dita derivada da ilícita ou pensada como contaminada. Tal prova é absolutamente autônoma ou independente.

Com o advento da Lei nº. 11.690/2008, a teoria dos frutos da árvore envenenada foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, passando a constar expressamente no artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal, que prevê: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexó de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Nota-se que há exceções a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. Ratifica Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2011, p. 130):

(...) excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é tênue, de modo a não se colocarem a primária e a secundárias como causa e efeito; ou, ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso, em *independente source* e, no segundo, na *inevitable discovery*. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.

Constata-se que as provas originariamente ilícitas assim como as destas derivadas são expressamente inadmissíveis no processo, devendo por consequência serem desentranhadas dos autos. Entretanto, a inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação comporta exceções, dentre elas a teoria da fonte independente (tradução do inglês *independente source*) e a teoria do descobrimento inevitável (do inglês *inevitable discovery*), hipóteses nas quais, a prova ilícita por derivação será aproveitada.

4.3 Evolução normativa da vedação da prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro

Inicialmente, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais pátrios oscilavam no tocante a admissibilidade das provas obtidas a partir de violações ao ordenamento jurídico. Em um primeiro momento, estas provas eram admitidas no

processo, privilegiando os princípios do livre convencimento e da verdade real. Relata Luiz Francisco Torquato Avolio (1999, p. 45):

Numa fase preambular, onde o tema das provas ilícitas mereceu, pela primeira vez, a atenção dos juristas, o condicionamento aos dogmas do “livre convencimento” e da “verdade real” fazia com que um eventual balanceamento dos interesses em jogo pendesse, inequivocamente, em favor do princípio da investigação da verdade, ainda que baseada em meios ilícitos.

Constata-se que inicialmente, no conflito entre os interesses da sociedade e do indivíduo, aqueles prevaleciam em relação a estes, privilegiando-se a verdade real ainda que esta fosse alcançada a partir de meios ilícitos, havendo somente a punição na esfera civil, penal ou administrativa dos responsáveis pela produção destes meios de prova.

Este entendimento prevaleceu na doutrina e na jurisprudência italiana, consagrando o “axioma *male captum, bene retentum*” (AVOLIO, 1999, p. 46), segundo o qual, ainda que a prova tenha sido colhida ilicitamente, se esta se encontra bem conservada, será admitida no processo a fim de reconstruir a verdade real.

Posteriormente, com a efetivação da tutela dos direitos fundamentais e a busca pela proteção dos direitos dos homens, as legislações dos países, assim como a jurisprudência de seus tribunais, deixaram de privilegiar a verdade real, reconhecendo a ilicitude da prova, que não pode ingressar no processo e na hipótese de já ter ingressado, deverá ser desentranhada, incidindo o direito de exclusão (*exclusionary rule*).

Neste sentido leciona Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2011, p. 128/129):

Da posição inicial, que admitia a prova relevante e pertinente, preconizando apenas a punição do responsável pelo ato ilícito (penal, civil ou administrativo) praticado na colheita ilegal da prova, chegou-se à convicção de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevante que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais – como, por exemplo, a intimidade, o sigilo das

comunicações, a inviolabilidade do domicílio, a própria integridade e dignidade da pessoa.

Afirma Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 890) que “a jurisprudência americana foi a precursora da teoria da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos”, haja vista que ainda que não houvesse em sua legislação uma regra que expressamente vedasse a admissibilidade destas provas, desde o julgamento do “caso *Boyd v. US*, de 1886” (LIMA, 2011, p. 890), tais provas vinham sendo rechaçadas do processo, “sob o argumento de que a regra das *exclusionary rules* estaria implícita na Carta Política como forma de tutela dos direitos fundamentais nela previstos” (LIMA, 2011, p. 890).

Antonio Magalhães Gomes Filho (2008, p. 262/263), ao comentar este julgado da Suprema Corte norte-americana, relata que:

Até o final do século XIX, prevalecia o entendimento de que a admissibilidade da prova não era afetada pela ilegalidade nos meios utilizados para sua obtenção. Somente no julgamento do caso *Boyd v. United States*, de 1885, a Suprema Corte americana entendeu inadmissível como prova um documento que o acusado fora obrigado a apresentar no processo, entendendo que isso configurava, a um só tempo, violação das Emendas IV, que assegura a inviolabilidade dos papéis privados, e, V, que garante o acusado contra a autoincriminação.

Assim, “em 1914, na (...) decisão do caso *Weeks*, a Suprema Corte considerou ter sido um *prejudicial error* a admissão, por uma corte federal, de documentos apreendidos na casa do acusado sem (...) mandado” (GOMES FILHO, 2008, p. 263), fixando a regra da exclusão de acordo com a qual não são admissíveis, no processo, as provas colhidas a partir de infringência das garantias asseguradas pela Constituição. Contudo, “foi a partir da sentença proferida pela Suprema Corte no caso “*Mapp v. Ohio*”, de 1961” (AVOLIO, 1999, 53), que a jurisprudência norte-americana firmou o entendimento da inadmissibilidade das provas ilícitas aos procedimentos criminais estaduais ou federais.

É necessário ressaltar que, inicialmente, o ordenamento jurídico brasileiro admitia “as provas colhidas com infração as normas do direito material, prevendo apenas a punição do infrator pelo ilícito cometido no momento da obtenção da prova” (FERNANDES, GOMES FILHO e GRINOVER, 2011, p. 131).

Vigorava o “princípio da verdade da prova, segundo o qual a prova era analisada pela carga de convencimento que continha, abstraída a forma de sua obtenção” (GOMES FILHO, 2008, p. 265).

Contudo, posteriormente, os juristas passaram a se opor a admissibilidade dessas provas e no “final da década de 1960, registrou-se, (...) acentuada tendência do Tribunal de Justiça de São Paulo de considerar que irregularidades cometidas pela polícia (...) contaminavam todo o processo” (GOMES FILHO, 2008, p. 265).

Com efeito, o artigo 332, da Lei nº. 5.869/1973, que instituiu o atual Código de Processo Civil, admitia que somente meios legais e moralmente legítimos fossem empregados como meio de prova, formando a convicção do magistrado quando do julgamento da pretensão veiculada pelo processo.

Embora as provas ilícitas e ilegítimas fossem vedadas no Código de Processo Civil, neste período não havia qualquer dispositivo correspondente no Código de Processo Penal. Não existia na legislação processual penal pátria, balizas a serem observadas na produção da prova. Porém, mesmo não havendo vedação expressa à utilização de provas obtidas por mecanismos contrários a norma jurídica no Código de Processo Penal, a jurisprudência não admitia que as mesmas fossem empregadas no processo e, por conseguinte, na formação da convicção do magistrado.

Pondera Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2011, p. 132):

(...) antes da nova Constituição eram, inquestionavelmente, três decisões do Supremo Tribunal Federal, banindo as interceptações telefônicas clandestinas, quer em matéria civil, quer em matéria penal, a caracterizar posição sólida já tomada pelo tribunal de cúpula do país. A primeira decisão é de 11.11.1977, ocasião em que foi determinado o desentranhamento de fitas gravadas, correspondentes à interceptação de conversa telefônica da mulher, feita pelo marido, para instruir processo de separação judicial (RTJ 84/609). Segue-se a essa, em outro processo cível, a decisão de 28.06.1984, também em caso de captação clandestina de conversa telefônica, igualmente determinando o desentranhamento dos autos da gravação respectiva (RTJ 110/798). Finalmente, para o processo penal, o Supremo Tribunal Federal, em decisão de 18.12.1986, determinou o trancamento de inquérito policial baseado em interceptação telefônicas feitas por particulares, confessando ilícitas (RTJ 122/47).

Confirma o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Processual Penal. Prova ilícita. Constitucional. Garantias dos parágrafos 9 e 15 do art. 153 da Lei Maior (Inobservância). Trancamento do inquérito policial. 1 – Os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou a ação penal. 2 – as provas produzidas no inquérito ora em exame – Gravações clandestinas – além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo de comunicações (parágrafos 9, e art. 153, CF), cerceiam a defesa e inibem o contraditório, em ofensa, igualmente, a garantia do parágrafo 15, art. 153, da Lei Magna. 3 – Inexistência, nos autos, de outros elementos que, por si, justifiquem a continuidade da investigação criminal. 4 – Trancamento do inquérito, o qual poderá ser renovado, fundando-se em novos indícios, na linha de previsão do Estatuto Processual Penal. 5 – Voto vencido que concedia a ordem em menor extensão. RHC provido para determinar o trancamento do inquérito policial (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma – Recurso em Habeas Corpus 63834 / SP – Rel. Min. Aldir Passarinho – J. 18/12/1986).

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 consagrou em artigo 5º, LVI a posição adotada pela Suprema Corte brasileira, de acordo com a qual, as provas que contrariassem o ordenamento jurídico não seriam admitidas ao processo, nem sequer ao inquérito policial.

Destarte, a Carta Magna brasileira refuta sem qualquer exceção, a admissibilidade da prova ilícita no processo, sendo esta uma garantia fundamental e cláusula pétrea expressa no texto constitucional, assegurando que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam respeitados e impedindo violações como ocorreu nos anos em que se instalou a Ditadura Militar no país.

Nesse passo, em razão da disposição contida no artigo 332, do Código de Processo Civil, a qual era aplicada supletivamente ao Código de Processo Penal e da determinação do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, prevalecia o entendimento de que a inadmissibilidade da prova ilícita era absoluta, não podendo o magistrado fundamentar sua decisão em tal prova, ante a ausência de força probatória.

Nessa linha se posicionava a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

RHC – Constitucional – Processual Penal – Prova – Meio ilícito de obtenção – Nulidade – A produção de provas precisa obedecer o procedimento legal. Daí a Constituição da República expressar a inadmissibilidade de provas

obtidas por meios ilícitos (art. 5, LVI). Não produzem efeito confissão e testemunho resultantes de tortura física e psicológica. Decorre nulidade. Não acarreta absolvição. Enquanto não incidente a prescrição, e admissível a produção de prova (Superior Tribunal de Justiça – Sexta Turma - RHC 2132/BA – Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro – J. 31/08/1992).

E corroborava o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

(...) é indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse em que tem a sociedade em uma eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º, inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. (Supremo Tribunal Federal – Plenário – Ação Penal 307-3-DF – Rel. Min. Ilmar Galvão – J. 13/10/1995).

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, LVI a vedação das provas ilícitas, mas não trouxe o conceito destas provas, “nem tampouco regramento legal acerca das consequências de sua utilização no processo” (LIMA, 2011, p. 885). Por sua vez, o artigo 157, do Código de Processo Penal com redação determinada pela Lei nº. 11.690/2008 reformou o sistema probatório nacional e “trouxe a regulamentação da matéria em nível infraconstitucional” (FERNANDES, GOMES FILHO e GRINOVER, 2011, p. 133), positivando a inadmissibilidade das provas ilícitas e conceituando-as.

4.3.1 A vedação da prova ilícita na Constituição Federal

A Constituição Federal promulgada em 1988, além de estabelecer expressamente em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil consiste em um Estado Democrático de Direito, no qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar

de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, II, CF), estabeleceu em seu artigo 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, pondo fim ao dissenso no tocante a vedação de tais provas no processo.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 247), “a razão de ser da proibição inserida no art. 5º, LVI, da CF está na insuficiência de sancionar a prova ilícita apenas no plano do direito material”, devendo, a fim de se tutelar os direitos fundamentais, negar eficácia à prova ilícita no processo.

O legislador constituinte, a teor do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, elencou a inadmissibilidade das provas obtidas a partir de violações às normas de direito material como uma das garantias fundamentais dos cidadãos em relação à atividade persecutória do Estado. Ademais, nos termos do artigo 60, §4º, IV, da Carta Magna, não podendo haver emenda tendente a abolir esta garantia, sendo uma cláusula pétrea.

Destarte, em decorrência da referida determinação constitucional pétrea, “ninguém pode buscar a verdade violando direitos” (ARENHART e MARINONI, 2009, p. 247). Neste mesmo sentido se manifesta Alexandre de Moraes (2006, p. 264):

A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo deriva da posição preferente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, tornando impossível a violação de uma liberdade pública para a obtenção de qualquer prova.

A inadmissibilidade da prova ilícita é imprescindível para frear arbitrariedades cometidas pelo Estado e proteger os direitos e garantias fundamentais, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à imagem, à inviolabilidade do domicílio, do sigilo das comunicações e dos dados, à integridade física e moral.

Sendo assim, a teor do disposto no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, as provas obtidas por meios não permitidos no ordenamento jurídico pátrio não possuem força probatória, não podendo ser utilizadas na formação do convencimento do magistrado.

4.3.2 A vedação da prova ilícita no Código de Processo Penal

A Constituição Federal de 1988, ao vedar a admissibilidade das provas ilícitas em seu artigo 5º, LVI, consolidou a posição adotada pela jurisprudência dos Tribunais pátrios. Tal entendimento foi corroborado pelo legislador ordinário, que por meio da Lei nº. 11.690/2008 alterou a redação do artigo 157, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO).

Diante da nova redação dada ao mencionado dispositivo legal, o legislador ordinário definiu as provas ilícitas como “aquelas provas obtidas em violação a norma de caráter constitucional ou infraconstitucional, e que, por consequência, devem ser desentranhadas dos autos” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 313).

Verifica-se que no §1º, do artigo 157, do Código de Processo Penal, o legislador ordinário estendeu a inadmissibilidade às provas ilícitas por derivação, que são “aquelas provas, em si mesmas lícitas, mas a que se chegou por intermédio de informação obtida pela prova ilicitamente colhida” (FERNANDES, GOMES FILHO e GRINOVER, 2011, p. 134). Adotou a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada,

pondo fim à discussão no tocante “à aceitação ou não das provas que foram obtidas através de meios ilícitos” (RANGEL, 2008, p. 432).

Contudo, ainda que por meio desta disposição legal o legislador tenha vedado expressamente a admissibilidade das provas ilícitas por derivação, parte da doutrina entende que o referido artigo é inconstitucional, por ter restringido o alcance do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, haja vista que este veda quaisquer provas obtidas ilicitamente, cabendo ao magistrado, analisando o caso concreto, defini-las.

Adverte Paulo Rangel (2008, p. 437):

Na medida em que se compreende que as provas obtidas por meio ilícitos são vedadas, nada mais há que se falar, pois desnecessário o Código descer a conceituações imprecisas e vagas que, em verdade, ficarão a cargo do juiz definir. É como se o legislador constituinte dissesse ao juiz (e não disse) que cabe a ele, juiz, dizer quando a prova será ilícita por derivação, por haver um nexo de causalidade ou por não ser ela uma fonte independente da primeira. Em outras palavras: o Código amesquinhou a Constituição e nesse particular aspecto é inconstitucional porque diminuiu o seu alcance. O princípio existe, está no art. 5º, LVI: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Não precisamos de mais nada.

De outro lado, há doutrinadores que lecionam que embora tenha sido reconhecida a inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, o legislador ressaltou no §1º, do artigo 157, da legislação processual penal brasileira duas situações, nas quais, ainda que a prova seja ilícita por derivação, esta será admitida no processo. É o que ocorre: “a) ‘quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras’; e b) ‘quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras’” (FERNANDES, GOMES FILHO e GRINOVER, 2011, p. 135).

Na primeira situação, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2011, p. 135) advertem que “apesar de redundante, essa parte do texto legal não parece trazer inconvenientes na sua aplicação”, posto que ausente o nexo de causalidade entre a prova ilicitamente obtida e a outra, não há de se falar em prova ilícita por derivação.

No que tange a segunda situação, consagrada na parte final do §1º, do artigo 157, do Código de Processo Penal, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2011, p. 135) asseguram que “ao

empregar o verbo condicional – ‘puderem ser obtidas’ –, a lei dá a entender que basta a simples possibilidade de que a prova viesse a ser obtida por meio lícito para afastar a sua contaminação”, não sendo esta a ideia expressa do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, que veda qualquer prova obtida por meio ilícito.

Ademais, o legislador, no §2º do mencionado dispositivo, ao regulamentar a Teoria da Fonte Independente, subverte a ideia original e coloca em risco a finalidade da proibição constitucional, uma vez que admite a possibilidade de qualquer prova ilícita por derivação se convalide, sendo admitida no processo.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2011, p. 136), ao comentarem o referido parágrafo do artigo 157, do Código de Processo Penal, ressaltam que:

Parece ter havido uma confusão do legislador entre as exceções da *fonte independente* e da *descoberta inevitável*. Assim mesmo, como antes anotado, na situação de *inevitable discovery*, são circunstâncias especiais do caso concreto (...) é que permitem considerar que a prova seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita. Ao contrário disso, o texto legislativo examinado permite que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova derivada por meios legais, o que esvazia, por completo, o sentido da garantia.

Sob estes argumentos, os citados doutrinadores entendem que o artigo 157, §2º, do Código de Processo Penal com a redação determinada pela Lei nº. 11.690/2008 é inconstitucional.

Todavia, para outros doutrinadores, considerando que os conceitos de prova originariamente ilícita e prova ilícita por derivação devem ser adequados ao caso concreto, “tanto a ampliação indevida de seu âmbito conceitual quanto sua restrição podem ser afastados pelo juiz no momento de sua aplicação” (LIMA, 2011, p. 900), não havendo de se falar em inconstitucionalidade do dispositivo legal. Neste diapasão, a aplicação da teoria da prova ilícita por derivação dependerá da análise do caso concreto, ocasião em que se verificará a possibilidade da aplicação ou não dos mecanismos de aproveitamento da prova ilícita.

Dispõe o artigo 157, §3º, da legislação processual penal pátria, que comprovada a ilicitude da prova, a mesma não pode ser mantida no processo, devendo o magistrado após ouvir as partes, desentranhá-la, “e uma vez preclusa a

decisão, haverá a destruição da prova ilícita, facultando às partes acompanhar tal expediente” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 313). Porém, adverte Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, 305) que “a inutilização da prova ilícita dependerá da existência (ou não) de possíveis consequências jurídicas ao responsável por sua produção”.

Paulo Rangel (2008, p. 438), ressalta que a prova ilícita deve ser desentranhada dos autos, “evitando a contaminação psicológica do juiz, que conhecendo daquela prova, pode tentar procurar, por outros meios, salvar aquela informação probatória”.

Contudo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho (2011, p. 137) alertam que, “não foi feliz a lei, (...), quanto a essa providência complementar de inutilização (destruição física do documento quem contém os elementos probatórios)”, eis que a prova considerada ilícita em um processo, pode ser utilizada em outro, tendo validade e força probatória. Nessa linha, concluem ser “mais razoável a proposta do Projeto de Lei 4.206/2001, que previa o arquivamento sigiloso em cartório” (FERNANDES, GOMES FILHO e GRINOVER, 2011, p. 138).

Todavia, apesar da respeitável opinião dos mencionados doutrinadores, prevalece o entendimento de que as provas ilícitas serão desentranhas do processo.

Apesar desta providência, Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 313) frisam que, “não se pode ignorar que o magistrado que teve contato com a prova ilícita pode ter comprometido, direta ou indiretamente, a imparcialidade necessária para julgar a contenda”. Ainda que a prova ilícita seja desentranhada dos autos, esta poderá influenciar o convencimento do magistrado que com ela teve contato, tornando-o parcial e, por conseguinte suspeito.

Nesta esteira, “o legislador reformista inseriu o §4º ao art. 157, do CPP, de sorte que o juiz que tivesse contato com o material ilícito estaria impedido de proferir decisão, devendo remeter os autos ao substituto legal” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 314). No entanto, esta presunção violaria o princípio do juiz natural, motivo pelo qual o mencionado parágrafo foi vetado. Porém, nada impede que o magistrado, *ex officio*, se declare suspeito ao constatar que o contato com a

prova ilicitamente obtida lhe retirou a imparcialidade necessária para a prestação da atividade jurisdicional.

5 MECANISMOS DE APROVEITAMENTO DA PROVA ILÍCITA

O processo consiste em um mecanismo institucional que visa solucionar as lides, promovendo a pacificação social. Destarte, a prova que viola um direito material ou um princípio constitucional penal, bem como a prova desta derivada, em regra, não são admitidas no processo. Todavia, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, há algumas teorias que, excepcionalmente, permitem que tais provas sejam utilizadas.

5.1 Teoria da fonte independente da prova

De acordo com a teoria ou exceção da fonte independente (tradução do inglês *independent source limitation*), também chamada de teoria da prova absolutamente independente e de exceção de descobrimento provavelmente independente, havendo outras provas no processo, “independentes de uma determinada prova ilícita produzida, não há de se falar em contaminação, nem em aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 316). Isto, porque, “a segunda prova não é admitida como derivada, mas como uma prova provavelmente independente, e, assim, despida de nexos causal com a prova ilícita” (ARENHART e MARINONI, 2009, p. 257).

Segundo Paulo Rangel (2008, p. 437), “fonte independente de prova é aquela que foi obtida sem qualquer relação, direta ou indireta, com a prova ilícita”. Cuida-se de um “meio de prova que tem vida própria, autônoma, lícita e que não é contaminada e nem contamina qualquer outra fonte de prova, exatamente pela sua licitude” (RANGEL, 2008, p. 437).

Ausente o nexo de causalidade entre a prova originariamente ilícita e a outra obtida, inexistente contaminação, sendo este meio de prova admitido no processo.

Entretanto, a citada teoria deve ser aplicada com cautela, a fim de que a regra da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação não seja burlada sob o argumento se tratar de fonte independente.

Alerta Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 896):

Para que a teoria da fonte independente seja aplicada, impõe-se demonstração fática inequívoca de que a prova avaliada pelo juiz efetivamente é oriunda de uma fonte autônoma, ou seja, não se encontra na mesma linha de desdobramento das informações obtidas com a prova ilícita. Caso não se demonstre, inequivocamente, a ausência de qualquer nexos causal, fica valendo a teoria da prova ilícita por derivação. Em caso de dúvida aplica-se o *in dubio pro reo*.

Conclui-se que “a teoria da fonte independente baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção a prova posteriormente à ilícita)” (OLIVEIRA, 2009, p. 319). Deve a prova ser pura e livre de qualquer contaminação e havendo dúvida no tocante a ausência desse nexos de causalidade, aplica-se o *in dubio pro reo*.

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho (2008, p. 267), o precedente que originou essa teoria está ligado ao “caso *Bynum v. U.S.*, de 1960”, no qual “o acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais, que comprovavam seu relacionamento com o roubo; a prova foi excluída porque derivava da prisão ilegal” (GOMES FILHO, 2008, p. 267). Entretanto, ao ser processado novamente, o órgão da acusação trouxe aos autos outras impressões digitais, que estavam disponíveis nos arquivos da polícia, as quais foram admitidas como meio de prova válido pela Suprema Corte norte-americana, posto que não havia qualquer relação com a prisão ilegal.

Posteriormente, “no caso *Murray v. United States*, de 1988” (LIMA, 2011, p. 897), a polícia, após perceber que em uma determinada residência estava sendo realizada a comercialização de drogas, adentrou ilegalmente no local, confirmando o fato. Requereu a expedição de competente mandado de busca e apreensão, relatando ao Juízo somente a existência de suspeitas, sem, contudo, indicar a entrada anteriormente realizada. Munida do mandado, a polícia ingressou no imóvel, ocasião em que apreendeu mais substâncias entorpecentes.

No julgamento, a Suprema Corte admitiu tal prova, eis que ainda que a polícia não tivesse “realizado a primeira violação, de qualquer forma seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais” (LIMA, 2011, p. 897).

No Brasil, “a análise da jurisprudência demonstra que a teoria da fonte independente já vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal há alguns anos” (LIMA, 2011, p. 897), mesmo antes do advento da Lei nº. 11.690/2008 que alterou a redação do artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal.

A propósito:

HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. NÃO-ACOLHIMENTO. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica - prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam - não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido (Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma - HC 74599 / SP - Rel. Min. Ilmar Galvão - J. 03/12/1996).

HABEAS-CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQÜENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA. 1. Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo. 2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do writ. Ordem denegada (Supremo Tribunal Federal - Primeira Turma - HC 83921 / RJ - Rel. Min. Eros Grau - J. 03/08/2004).

Com o advento da Lei nº. 11.690/2008, “a limitação da fonte independente passou a contar expressamente no Código de Processo Penal” (LIMA, 2011, p. 897), porque, o artigo 157, §1º, do referido *Codex*, passou a dispor que “são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo

de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Outrossim, prevê o §2º, do mencionado dispositivo legal, “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Por fim, ressalta-se que para Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 317) a teoria da fonte independente da prova “não seria propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, e sim uma teoria coexistente”, haja vista que “não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivaram da ilícita” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, 317).

Nessa mesma linha, se posiciona Antonio Magalhães Gomes Filho (2008, p. 268):

(...) nem mesmo seria correto falar em exceção à regra de contaminação da prova derivada, pois na verdade o que se exclui é a própria relação de causalidade. Esse é, por sinal, o entendimento do Tribunal Supremo espanhol, que tem aplicado o conceito de fonte independente afirmando que não se dará a contaminação da prova derivada quando for possível estabelecer desconexão causal entre a prova que fundamenta a condenação e as obtidas ilicitamente. Daí por que a questão não está colocada como exceção à regra de exclusão, mas como permissão de valoração por não ocorrer derivação da prova inconstitucional.

Entretanto, despeito dessa discussão, resta incontroverso que a teoria da fonte independente da prova consiste em um dos mecanismos de admissibilidade da prova ilícita, estando positivada no ordenamento jurídico brasileiro e consolidada na jurisprudência dos Tribunais pátrios.

5.2 Teoria do descobrimento inevitável da prova

De acordo com a teoria do descobrimento inevitável (*inevitable discovery limitation*), também chamada de exceção de descobrimento inevitável e exceção da fonte hipotética independente, “caso se demonstre que a prova derivada da ilícita seria produzida de qualquer modo, independentemente da prova ilícita originária, tal prova deve ser considerada válida” (LIMA, 2011, p. 898).

Com efeito, “a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, por hipótese, que seria inevitavelmente obtida mesmo de suprimida a fonte ilícita” (GOMES FILHO, 2008, p. 268), não havendo de se falar em contaminação. Destarte, “a prova ilícita, que deu ensejo à descoberta de uma outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não terá o condão de contaminá-la” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 317).

Nessa linha se manifesta Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 256):

Na exceção de descobrimento inevitável, admite-se que a segunda prova deriva da ilícita, porém entende-se que não há razão para reputá-la nula ou ineficaz. Isso porque a descoberta advinda da prova ilícita ocorreria mais cedo ou mais tarde. A lógica do salvamento da segunda prova está em que não há motivo para retirar eficácia de uma prova que trouxe uma descoberta que inevitavelmente seria obtida. Dessa forma, seria possível dizer que nem todos os frutos da árvore venenosa são proibidos, pois alguns podem ser aproveitados. Ou seja, embora a segunda prova seja considerada derivada da ilícita, ela produz efeitos no processo.

Como se observa, em que pese à prova ter sido obtida a partir de uma prova originariamente ilícita, será admitida no processo, uma vez que sua descoberta, através de outros meios da persecução penal, seria somente uma questão de tempo, não havendo de se falar em contaminação ante a ruptura do “nexo de antijuridicidade entre a prova ilícita e a prova derivada” (ARENHART e MARINONI, 2009, p. 256).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 256) advertem que “a ilicitude persiste no plano do direito material, embora a prova derivada possa ser utilizada no processo”. Assim, ainda que seja necessário punir

aquele que obteve a prova ilícita, não se pode negar eficácia à prova que, de qualquer maneira integraria o conjunto probatório, exigindo-se apenas, que o magistrado, ao conferir tal eficácia à prova, justifique sua decisão, “expressando as circunstâncias e as regras de experiência que indicam que aquilo que foi alcançado por meio da prova derivada seria naturalmente obtido por meio de uma prova lícita” (ARENHART e MARINONI, 2009, p. 257).

Ressalta-se, contudo, que “a aplicação dessa teoria não pode ocorrer com base em dados meramente especulativos, sendo indispensável a existência de dados concretos a confirmar que a descoberta seria inevitável” (LIMA, 2011, p. 898). Essa teoria somente será aplicada, se restar amplamente demonstrado que “o encontro dos demais elementos probatórios era uma questão insofismável, em face da interligação entre outras provas, ou por fruto de investigação ou fontes de produção autônomas” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 318).

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho (2008, p. 268), o precedente que originou essa teoria está ligado ao “caso *Nix v. Williams* (Williams II), de 1984”, no qual a polícia, por meio de uma confissão obtida ilicitamente, localizou o corpo da vítima de um homicídio à beira de uma estrada, dentro de uma vala, porém, neste mesmo local, já estavam sendo realizadas buscas por mais de duzentos voluntários. Sendo assim, considerando que “o corpo seria encontrado mais cedo ou mais tarde - fosse por meio da atuação dos próprios policiais, fosse em virtude da colaboração de algum voluntário” (ARENHART e MARINONI, 2009, p. 257), a Suprema Corte norte-americana “considerou ilegal essa confissão, mas válida a descoberta do corpo, pois era inevitável e não tinha relação com a ilegalidade” (GOMES FILHO, 2008, p. 268).

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 899), “a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não permite atestar a utilização inequívoca da referida limitação”. Todavia, segundo parte da doutrina, com a reforma promovida pela Lei nº. 11.690/2008, a teoria do descobrimento inevitável da prova passou a constar expressamente no artigo 157, §1º e §2º, do Código de Processo Penal.

Alerta Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 899) que no §2º, do mencionado dispositivo legal, “parece ter havido uma confusão por parte do legislador ao se referir à fonte independente, pois o conceito por ele trazido é o da

limitação da descoberta inevitável”. Ao empregar a expressão “seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”, sustenta-se que não é necessário que a prova derivada seja obtida a partir de uma fonte independente, bastando à possibilidade disso ocorrer. Inequívoca, portanto, a adoção da teoria do descobrimento inevitável.

Confirma a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexistente, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores. 2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação. 3. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. 4. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. A primeira diz respeito à própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro. Tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Titularidade solidária que detinha uma das partes e que agora é reclamada para efeitos de autorização legal, decorreu de ilícito efetivado contra vítima. 5. Pretende-se, na verdade, obter benefício com a própria prática criminosa. Impossibilidade de se beneficiar da própria torpeza. 6. A segunda consideração, não menos importante, é que o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie. 7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável. 8. Ordem denegada (Superior Tribunal de Justiça - Sexta turma - HC 52995 / AL - Rel. Min. Og Fernandes - J. 16/09/2010).

Destarte, constata-se que a teoria do descobrimento inevitável da prova consiste em um dos mecanismos de aproveitamento da prova ilícita, estando

positivada na legislação processual penal brasileira e consolidada na jurisprudência dos Tribunais.

5.3 Limitação da contaminação expurgada

Outra exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada é a limitação da contaminação expurgada (tradução do inglês *purged taint limitation*), também chamada de limitação da conexão atenuada (*attenuated connection limitation*), limitação da manda purgada, “dos vícios sanados, do nexo causal atenuado ou da tinta diluída” (LIMA, 2011, p. 901).

Segundo essa limitação, não se fala em prova ilícita por derivação quando o nexo causal existente entre a prova originariamente ilícita e a esta derivada for atenuado em razão do “decorso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos em colaborar com a persecução criminal” (LIMA, 2011, p. 901). Assim, apesar da prova ter sido contaminada, há uma circunstância futura que afasta o vício, permitindo a admissibilidade da prova inicialmente ilícita.

Adverte Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 318):

(...) é possível que o vínculo entre a prova ilícita e a derivada seja tão tênue ou superficial que acabe não havendo contaminação. Esta seria expurgada. Percebe-se que a ausência de vínculo não é absoluta. Este existe, porém acaba sendo tão insólito que é irrelevante, preservando-se a ilicitude da prova derivada.

De acordo com Denilson Feitosa Pacheco (2008, p. 613), o precedente que originou essa limitação está ligado ao “caso *Wong Sun v. U.S.* (1963)”, no qual policiais da delegacia especializada em drogas, sem qualquer indício probatório, adentraram na residência de “A” e o prenderam ilegalmente. Porém, ao ser indagado, o preso apontou “B” como sendo o vendedor dos entorpecentes apreendidos. “B” foi preso ilegalmente e ao ser inquirido pela polícia, acusou “C”,

que também foi preso de maneira ilegal. Entretanto, após ter sido posto em liberdade, “C”, de forma voluntária, confessou ter vendido os entorpecentes.

Diante desse cenário, a Suprema Corte norte-americana “excluiu a apreensão da droga encontrada com ‘B’ e as declarações de ‘B’, por terem sido ‘frutos’ da entrada ilegal na sua casa e da sua prisão ilegal” (PACHECO, 2008, p. 613). Todavia, “não reconheceu a ilicitude da confissão feita por ‘C’” (MENDONÇA, 2008, p. 177), visto que sua confissão voluntária “teria tornado a conexão entre a prisão ilegal e a declaração tão atenuada que o veneno da ilegalidade originária teria se dissipado” (LIMA, 2011, p. 901).

A respeito deste julgado, leciona Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 901):

Da análise do caso *Wong Sun v. US*, embrião da limitação da mancha purgada, depreende-se que um vício de ilicitude originário pode ser expurgado, ou seja, removido, por meio de um ato independente interveniente, praticado pelo acusado ou por um terceiro, a determinar a interrupção da corrente causal entre a ilegalidade originária e a prova subsequente.

No mesmo sentido, se manifesta Denilson Feitosa Pacheco (2008, p. 613):

(...) o caso *Wong Sun* indica que uma “nódoa” de ilegalidade inicial pode ser “expurgada” por um “ato independente interveniente”, praticado pelo acusado ou por uma terceira parte, que interrompa a corrente causal entre a ilegalidade e a prova, de uma tal maneira que a prova não seja vista como tendo sido obtida pela “exploração” (aproveitamento) dessa ilegalidade.

No entanto, não restou evidenciada a adoção dessa teoria pelo ordenamento jurídico brasileiro, eis que “há um certo nexos – embora distante – entre a prova colhida e a ilícita” (MENDONÇA, 2008, p. 177). Ademais, nas exceções trazidas pela Lei nº. 11.690/08 e na jurisprudência dos Tribunais pátrios não se vislumbra o acolhimento da referida teoria.

Contudo, parte da doutrina leciona que com o advento da Lei nº. 11.690/2008, “a teoria da contaminação expurgada poderia ser enquadrada na hipótese ampla do §1º do art. 157” (MENDONÇA, 2008, p. 177).

A propósito pondera Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 902):

Apesar de não haver qualquer referência expressa à limitação da tinta diluída ao se referir o dispositivo à ausência denexo de causalidade entre a prova ilícita originária e a prova subsequente, pode-se daí extrair a adoção da referida teoria. Isso porque, segundo a teoria em questão, o vício da ilicitude originária, quando atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes, da magnitude da ilegalidade funcional ou da colaboração voluntária de um dos envolvidos, faz desaparecer o nexo causal entre a prova ilícita originária e a prova subsequente, não sendo viável falar-se em prova ilícita por derivação.

O mencionado doutrinador adverte que “apesar de guardar certa semelhança com a limitação da fonte independente, a teoria da mancha purgada com ela não se confunde” (LIMA, 2011, p. 902). Isto, porque, segundo a teoria da fonte independente da prova, a ruptura do nexo causal existente entre a prova ilícita originária e a prova ilícita por derivação, decorre do fato desta possuir uma fonte independente daquela. De outra banda, na limitação da marcha expurgada, “o decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos colaborar com a persecução criminal” (LIMA, 2011, p. 901), atenua o nexo de causalidade existente entre a prova ilicitamente obtida e a desta derivada, elidindo qualquer contaminação.

5.4 Limitação da boa-fé

O princípio da exclusão (*exclusionary rule*), chamado no Brasil de princípio da licitude, deve ser aplicado a fim de prevenir violações às normas de direito material e constitucional e não repará-las. Neste sentido, manifesta-se Denilson Feitosa Pacheco (2008, p. 609), “a exclusão da prova não deveria ocorrer na hipótese de não servir como prevenção contra futuras violações de norma constitucional”.

Entretanto, há “várias exceções à aplicação do ‘princípio da exclusão’, englobadas na denominação ‘exceção da boa-fé’” (PACHECO, 2008, p. 609), também denominada limitação da boa-fé.

De acordo com Denilson Feitosa Pacheco (2008, p. 609), o precedente que originou a limitação da boa-fé (*good faith exception*) está ligado ao “caso *Stone v. Powell* (1976)”, no qual a Suprema Corte norte-americana entendeu que o princípio da exclusão não deve ser aplicado nas hipóteses em que a polícia realiza uma apreensão ilícita, acreditando, porém, que a conduta praticada está em consonância com o ordenamento jurídico, estando de boa-fé. Ademais, “a exclusão da prova ilícita, no caso, não teria efeito preventivo” (PACHECO, 2008, p. 609).

Posteriormente, no “caso *US v. Leon*, em 1984” (LIMA, 2011, p. 903), a Suprema Corte norte-americana, considerando que o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita visa tutelar os direitos fundamentais, entendeu que, “não se deveria excluir uma prova obtida por policiais atuando com confiança razoável em um mandado de busca expedido por um juiz neutro e imparcial” (PACHECO, 2008, p. 609), caso, após seu cumprimento, se apurasse que este foi expedido sem estarem presentes os indícios necessários. Isto, porque “a confiança dos policiais na determinação judicial baseada na existência de ‘indícios necessários’ foi ‘objetivamente razoável’, considerando como tal o que um ‘razoavelmente bem treinado policial’ teria sabido” (PACHECO, 2008, p. 609).

Ao comentar o julgamento desse caso, Denilson Feitosa Pacheco (2008, p. 610) ressalta que:

(...) Nessa hipótese, entendeu-se, ainda, que a exclusão da prova para se dissuadirem juízes seria inapropriada, pois: a) o “princípio da exclusão” foi destinado a prevenir (desencorajar) a conduta policial irregular mais do que punir os erros dos juízes; b) não há provas sugerindo que magistrados estejam inclinados a ignorar ou subverter a 4ª Emenda Constitucional; c) não há qualquer base para acreditar que a exclusão de prova apreendida em conformidade com um mandado judicial terá um efeito dissuasivo significativo sobre magistrados. Como o policial justificativamente confiou na prévia decisão judicial, não houve qualquer ilegalidade policial e, portanto, nada a se dissuadir. Numa análise de custo-benefício, como não havia qualquer benefício com a exclusão da prova, que seria a prevenção de futuras violações, não se justificaria o custo da exclusão da prova, o qual incluiria a credibilidade das decisões judiciais da justiça criminal.

Outrossim, no julgamento do “caso *Ill v. Krull*, 1987” (PACHECO, 2008, p. 610), a Suprema Corte norte-americana pacificou o entendimento de que a limitação da boa-fé também deveria incidir quando um policial agisse “confiando de maneira objetivamente razoável na lei estadual autorizadora da busca em questão, tendo a lei estadual, posteriormente, sido considerada como violadora da norma constitucional” (PACHECO, 2008, p. 610).

Tal teoria visa “evitar o reconhecimento da ilicitude da prova, caso os agentes (...) da persecução penal como um todo, tenham atuado destituídos do dolo de infringir a lei, pautados (...) em situação de erro” (ANTONNI e TÁVORA, 2009, p. 319).

Neste sentido, ensina Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 903):

(...) com base nessa teoria, deve ser considerada válida a prova obtida com violação a princípios constitucionais, desde que sua obtenção não tenha decorrido da vontade de quem procedeu a investigação, mas sim de uma situação de erro ou ignorância. Os dois critérios para sua aplicação seriam a boa-fé e a crença razoável na legalidade da conduta do agente.

Todavia, em que pese à exceção da boa-fé ser adotada na jurisprudência norte-americana, “não há registros de sua aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça” (LIMA, 2011, p. 903), eis que, no ordenamento jurídico brasileiro, vigora o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita, sendo irrelevante se o agente que obteve ilicitamente a prova estava agindo de boa ou má-fé.

5.5 Teoria do encontro fortuito de provas

De acordo com esta teoria, também chamada de teoria do encontro causal das provas, há “encontro fortuito quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação de outro crime” (OLIVEIRA, 2008, p. 314).

No mesmo sentido se manifesta Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 906/907):

A teoria do encontro fortuito ou causal é utilizada nos casos em que, no cumprimento de uma diligência relativa a um delito, a autoridade policial casualmente encontra provas pertencentes à outra infração penal, que não estavam na linha de desdobramento normal da investigação.

Há encontro fortuito de provas, quando durante a realização de diligências devidamente autorizadas pela autoridade judicial competente, se obtém provas de infração penal diversa daquela investigada.

Nesse cenário, “a validade da prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência” (LIMA, 2011, p. 907), sendo necessário observar os limites definidos. A este respeito, exemplifica Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 314):

Quando, na investigação de um crime contra a fauna, por exemplo, agentes policiais, munidos de mandado judicial de busca e apreensão, adentram em determinada residência para o cumprimento da ordem, espera-se, e mesmo exige-se (art. 243, II, CPP), que a diligência se realize exclusivamente para a busca de animais silvestres. Assim, se os policiais passam a revirar as gavetas ou armários da residência, é de se ter por ilícitas as provas de infração penal que não estejam relacionadas com o mandado de busca e apreensão. Em semelhante situação, como é óbvio, o local revestido jamais abrigaria o objeto do mandado judicial. Do contrário, a ação policial, em caso de mandado de busca e apreensão fugiria do controle judicial, configurando verdadeira ilegalidade, por violação do domicílio no ponto em que, para aquela finalidade, o ingresso na residência não estaria autorizado.

Posto isto, conclui-se que, não havendo desvio de finalidade, as provas colhidas serão consideradas lícitas, tendo força probatória, e por conseguinte, validade no processo. Todavia, ocorrendo desvio de finalidade, as provas serão tidas como ilícitas, não sendo admitidas no processo.

Ressalta-se, porém, que, “a Constituição Federal autoriza a violação de domicílio nos casos de flagrante delito (CF, art. 5º, inc. XI)” (LIMA, 2011, p. 907). Assim, se no cumprimento do mandado de busca e apreensão expedido por autoridade competente, a polícia se deparar com certa quantidade de droga, sua apreensão será válida, pois como o delito de tráfico de entorpecentes na modalidade

de “guardar”, “ter em depósito”, consiste em crime permanente, “haverá situação de flagrante delito, autorizando o ingresso no domicílio mesmo sem autorização judicial” (LIMA, 2011, p. 907).

Também haverá a aplicação da teoria do encontro fortuito de provas nos casos de interceptação telefônica.

Sustenta Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 908):

A teoria do encontro fortuito de provas não deve ser trabalhada única e exclusivamente para as hipóteses de cumprimento de mandados de busca e apreensão. Sua utilização também se apresenta útil no tocante ao cumprimento de interceptações telefônicas. Isso porque é assaz comum que, no curso de uma interceptação telefônica regularmente autorizada pelo juiz competente para investigar crime punido com pena de reclusão, sejam descobertos elementos probatórios relativos a outros delitos e/ou outros indivíduos. Em tais hipóteses, verificando-se que não houve desvio de finalidade no cumprimento da diligência, dúvidas não temos quanto à validade dos elementos assim obtidos.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo Regimental desprovido (Supremo Tribunal Federal - 2ª Turma - AI 626214 AgR / MG - Rel. Min. Joaquim Barbosa - J. 21/09/2010).

Sendo assim, considerando que houve a violação da privacidade, bem como da intimidade daqueles que residem no imóvel, se durante o cumprimento de uma interceptação telefônica forem descobertas provas de outro crime, ainda que lhe seja cominada pena de detenção, tais provas serão consideradas lícitas, sendo admitidas no processo. Todavia, esse crime deve ser conexo àquele que ensejou a interceptação telefônica.

5.6 Teoria da exclusão da ilicitude

De acordo com o disposto no artigo 23, do Código Penal brasileiro, não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Nestas situações, “a ação típica realizada estará justificada aos olhos do Direito, não havendo de se falar em crime” (OLIVEIRA, 2008, p. 317).

A respeito desta teoria, ensina Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 317):

(...) quando o agente, atuando movido por algumas das motivações anteriormente mencionadas (causas de justificação), atinge determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova da inocência, sua ou de terceiros, estará afastada a ilicitude da ação. Em consequência, estará também afastada a ilicitude da obtenção da prova podendo ela ser regularmente introduzida e valorada no processo penal.

Nesse mesmo sentido manifesta-se Paulo Rangel (2008, p. 438 e 439):

(...) trata-se de verdadeira causa de exclusão da ilicitude a conduta do réu que, (...) interceptando uma ligação telefônica, sem ordem judicial, com o escopo de demonstrar sua inocência, estaria agindo de acordo com o direito, em verdadeiro estado de necessidade justificante.

Ainda que a prova tenha sido obtida ilicitamente, esta será admitida no processo, “desde que em favor do réu para provar sua inocência, pois absurda seria a condenação de um acusado que, tendo provas de sua inocência, não poderia usá-las só porque colhida ao arrepio da lei” (RANGEL, 2008, p. 439).

A propósito, o Supremo Tribunal Federal tem adotado a teoria da exclusão da ilicitude:

"Habeas corpus". Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o artigo 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna). "Habeas corpus" indeferido (Supremo Tribunal Federal - 1ª Turma - HC 74678 / SP - Rel. Min. Moreira Alves - J. 10/06/1997).

Em que pese a prova ter sido colhida com infringência às normas de direito material e princípios constitucionais penais, tendo o réu agido em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito, há a exclusão da ilicitude de sua conduta. Nestas situações, por estar o réu agindo de acordo com o direito, a prova será admitida no processo.

5.7 Prova ilícita *pro reo*

A inadmissibilidade da prova ilícita no processo consiste em uma garantia fundamental que visa impor limites ao *jus puniendi* do Estado. Assim, “partindo-se desse pressuposto, a prova obtida por meio ilícito só não poderia ser utilizada pelo Estado em desfavor do acusado” (SILVA, 2007, p. 22).

Destarte, “doutrina e jurisprudência têm admitido a possibilidade de utilização de prova ilícita no processo quando ela for produzida em benefício do acusado” (LIMA, 2011, p. 919). Isto, porque em um Estado de Direito, em que a liberdade é tutelada constitucionalmente através “do princípio do devido processo legal, que já engloba o do contraditório e da ampla defesa, o da presunção de inocência, o da legalidade, o *habeas corpus*” (SILVA, 2007, p. 22), “não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente” (OLIVEIRA, 2009, p. 330).

Nessa linha, apesar da prova obtida ilicitamente ser inadmissível para sustentar um decreto condenatório, a mesma pode ser empregada para absolver o réu inocente.

Confirma César Dario Mariano da Silva (2007, p. 23):

(...) se for possível ao acusado demonstrar sua inocência através de uma prova obtida ilicitamente, certamente ela poderá ser utilizada no processo, haja vista a preponderância do direito à liberdade sobre a inadmissibilidade da prova ilícita no âmbito processual.

Portanto, ainda que a prova tenha sido obtida ilicitamente, esta será admitida ao processo quando for empregada em benefício do acusado, uma vez que a liberdade se sobrepõe a inadmissibilidade da prova ilícita. Ademais, seria injusto condenar e privar uma pessoa de sua liberdade, quando sua inocência pode ser demonstrada mesmo que seja por meio de uma prova colhida ilicitamente.

5.8 Princípio da proporcionalidade

De acordo com entendimento pacificado pela doutrina, bem como pelos Tribunais alemães e de outros países europeus, excepcionalmente, vem sendo admitido o aproveitamento das provas ilícitas ante ao princípio da proporcionalidade.

A despeito da vedação a admissibilidade da prova obtida ilicitamente, é possível que tal prova seja aproveitada no processo penal, aplicando-se o princípio da proporcionalidade. Todavia, diante da complexidade deste princípio, serão tecidos comentários a seu respeito nos tópicos seguintes.

6 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade “é, em rigor, antiquíssimo” (BONAVIDES, 2011), tendo “seu início mais precisamente nos remotos tempos da Grécia antiga” (FERRAZ, 2009, p. 75). Também é possível identificar manifestações deste princípio no direito romano. Todavia, foi na Alemanha que “o princípio da proporcionalidade deixou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência” (BONAVIDES, 2011, p. 407).

Nos últimos anos, o mencionado princípio vem sendo amplamente discutido na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais pátrios, especialmente diante da admissibilidade da prova ilícita no processo penal.

Entretanto, vale ressaltar que o propósito desse trabalho não é explanar o referido princípio de forma aprofundada, isto porque, tal tarefa exigiria estudos desassociados deste ensaio, que se limita a analisar a utilização desse princípio no tocante a admissibilidade da prova ilícita no processo penal.

Visando maior compreensão a respeito deste tema, faz-se necessário, inicialmente, se estabelecer o *status* jurídico do princípio da proporcionalidade a partir da teoria da norma.

6.1 Considerações a respeito da teoria da norma

A teoria da norma consiste no estudo realizado a partir da norma. Sendo assim, vale ressaltar que norma não deve ser confundida com enunciado normativo. O enunciado normativo, também denominado texto ou dispositivo legal, consiste no conjunto de signos linguísticos que prescrevem condutas a serem observadas pela sociedade. De outra banda, a norma consiste no resultado obtido a partir da interpretação de um enunciado normativo. Assim, “uma norma é, portanto, o significado de um enunciado normativo” (ALEXY, 2008, p. 54).

Com efeito, a diferenciação entre norma e enunciado normativo se torna necessária, à medida que se verifica que há enunciado sem norma; enunciado normativo com várias normas; norma expressa através de diversos enunciados normativos e normas “expressas sem a utilização de enunciados, como é o caso, por exemplo, das luzes de um semáforo” (ALEXY, 2008, p. 54).

De acordo com alguns doutrinadores, “a exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e Crisafulli” (BONAVIDES, 2011, p. 271), “as normas jurídicas (ordenamento jurídico) decompõe-se em regras e princípios” (FERRAZ, 2009, p. 58). Sustenta Robert Alexy (2008, p. 87):

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-se, ainda que de espécie muito diferente.

Confirma José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 26):

A distinção entre regras e princípios não é novidade, embora, muitas vezes, a contraposição se faça, erroneamente, entre normas e princípios ou entre normas e máximas, quando, na verdade, os princípios assim como as regras, são normas, pois tanto uns como outras estabeleceram um deve ser, podendo ser formulados com o auxílio das expressões deônticas básicas de mandamento, permissão e proibição.

Como se observa, para parte da doutrina a norma jurídica é gênero, do qual as regras e os princípios são espécies. Assim, torna-se forçoso distinguir estas duas modalidades de norma jurídica.

6.1.1 Distinção entre regras e princípios

Há anos doutrinadores buscam distinguir regras e princípios. No entanto, apesar dos esforços, paira falta de clareza e diversas polêmicas a respeito desta distinção, bem como dos critérios distintivos adotados.

Torna-se essencial distinguir regras e princípios, uma vez que esta “distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 85).

Ademais, realizar tal distinção, segundo Robert Alexy (2008, p. 85), constitui “um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”. Destarte, estabelecer a “distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 85).

Há uma pluralidade de critérios que visam distinguir princípios e regras. Provavelmente, o mais utilizado é o critério da generalidade, segundo o qual “princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo” (ALEXY, 2008, p. 87). Há ainda, outros critérios distintivos, conforme destaca Robert Alexy (2008, p. 88):

Outros critérios discutidos são “a determinabilidade dos casos de aplicação”, a forma de seu surgimento - por exemplo, por meio da diferenciação entre as normas “criadas” e normas “desenvolvidas” -, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento.

Por sua vez, Humberto Ávila (2011, p. 40/52) elenca outros três critérios de distinção entre princípios e regras, a saber, critério do caráter hipotético-condicional, do modo final de aplicação e do conflito normativo.

Com fundamento nesses critérios distintivos, “Alexy parte para a descoberta de três possíveis teses acerca da distinção que vai das regras aos princípios” (BONAVIDES, 2011, p. 278).

A primeira tese sustenta que “da tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso” (ALEXY, 2008, p. 89). De acordo com esta tese “a pluralidade de critérios efetivamente aplicáveis e suas múltiplas combinações tornam impossível a tarefa de distinguir entre regras e princípios” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 26).

A segunda tese “defendida por aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente de grau” (ALEXY, 2008, p. 90). Assim, ainda que seja possível a distinção entre regras e princípios, essa “diferença é apenas de grau, em especial o grau de generalidade, na chamada tese da separação fraca” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 26).

Por fim, para a terceira tese, denominada “tese da separação forte” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 26), “as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa” (ALEXY, 2008, p. 90). Segundo essa tese as regras seguem a lógica do tudo ou nada, enquanto os princípios são tidos como mandamentos de otimização.

6.1.2 Regras

A despeito da divergência no que tange a distinção entre regras e princípios, consiste em ponto decisivo que as regras são normas que descrevem condutas a serem seguidas pelos destinatários. Assim, as regras possuem menor flexibilidade do que os princípios e os postulados normativos.

Ensina José Afonso da Silva (2011, p. 91):

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.

De acordo com Robert Alexy (2008, p. 91):

(...) as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

Conclui-se que as regras são normas que prescrevem condutas, as quais serão cumpridas ou não pelos destinatários. Todavia, sendo as regras válidas, devem ser integralmente cumpridas, uma vez que estão de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Segundo Ronald Dworkin (2007, p. 39), “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”. Significa dizer que, havendo conflito de regras - o que ocorre quando duas normas, se aplicadas isoladamente, “levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios” (ALEXY, 2008, p. 92) -, este será “solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (ALEXY, 2008, p. 92).

Dessa maneira, não sendo possível introduzir uma cláusula de exceção em uma das regras em conflito, uma delas deverá ser declarada inválida. Vale ressaltar no entanto, que a validade não é gradual, assim, ou a regra será válida ou será inválida. A propósito, neste sentido leciona Robert Alexy (2008, p. 92):

Ao contrário do que ocorre com o conceito de validade social ou de importância da norma, o conceito de validade jurídica não é graduável. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável

a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida. Não importa a forma como sejam fundamentados, não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.

Confirma Ronald Dworkin (2007, p. 39):

Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Destarte, não havendo uma cláusula de exceção a ser aplicada a uma das regras em conflito, verifica-se a validade da regra aplicando os critérios de resolução de antinomias, a saber, hierarquia, cronologia e especialidade.

Além de aplicar tais critérios a fim de solucionar o conflito existente, deve-se verificar a importância das regras em conflito. Admite-se a relativização das regras diante das peculiaridades que cercam o caso concreto. Isto porque, há situações onde mesmo a regra estando vigente no ordenamento jurídico e atendendo aos critérios de resolução de antinomias, sua aplicação contraria o propósito definido pelo legislador na ocasião de sua confecção.

6.1.3 Princípios

Os princípios são normas que indicam um estado ideal, sem descrever condutas a serem seguidas. Apontam um fim a ser perseguido, sem estabelecer a maneira de alcançá-lo.

Aduz Robert Alexy (2008, p. 90):

(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são

caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Nessa linha, leciona José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 27):

(...) os princípios são mandamentos de otimização (*Optimierungsgebote*), podendo ser cumpridos em diferentes graus, conforme o permitam as possibilidades reais e também as jurídicas, dadas pelas regras e princípios opostos.

Assim como as regras, dois princípios vigentes podem colidir entre si, e nesta situação, os critérios de resolução de antinomias não podem ser aplicados, já que estes servem tão somente para definir as normas que estão em vigência.

De acordo com Ronald Dworkin (2007, p. 42), “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância”. Desta maneira, “se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido - um dos princípios terá que ceder” (ALEXY, 2008, p. 93). No entanto, “isto não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza” (BONAVIDES, 2011, p. 280).

Confirma Robert Alexy (2008, p. 93):

Se dois princípios colidem (...) um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sobre determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência.

Ante o exposto, conclui-se que os “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, (...) na dimensão do peso” (ALEXY, 2008, p. 94). A fim de solucionar os conflitos de regras, faz-se necessário analisar a validade das

regras conflitantes, por sua vez, as colisões de princípios serão solucionadas por meio da análise do valor dos princípios colidentes.

6.1.4 Postulado normativo

De acordo com parte da doutrina, norma jurídica é gênero, do qual são espécies não apenas as regras e os princípios, mas também os postulados normativos.

Os postulados normativos são “normas imediatamente metodológicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação” (ÁVILA, 2011, p. 134).

Portanto, “os postulados situam-se em um plano distinto das normas (ex: princípios), cuja aplicação estes se prestam a estruturar e, por isso, são considerados metanormas” (FERRAZ, 2009, p. 125).

Vale ressaltar que os postulados normativos funcionam de maneira diferente das regras e princípios. Explica Humberto Ávila (2011, p. 134):

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e das regras são normas objeto de aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

Posto isto, constata-se que os postulados normativos não se enquadram nem na definição de regras, tampouco na definição de princípios. Isto porque, não descrevem condutas, nem indicam um dever-ser ideal.

Destaca Humberto Ávila (2011, p. 134 e 135):

Os postulados não se enquadram na definição nem de regras nem de princípios segundo o modelo tradicional. Se as regras forem definidas como normas que descrevem um comportamento a ser observado (ou reservam parcela de poder, instituem procedimentos ou estabelecem definições, sempre sendo cumpridos por meio de comportamentos), devendo ser cumpridas de modo integral e, no caso de conflito, podendo ser excluídas do ordenamento jurídico se houver uma outra regra antinômica, os postulados não são regras: eles não descrevem um comportamento (nem reservam poder, instituem procedimento ou estabelecem definições), não são cumpridos de modo integral e, muito menos, podem ser excluídos do ordenamento jurídico. Em vez disso, estabelecem diretrizes metodológicas, em tudo e por tudo exigindo uma aplicação mais complexa que uma operação inicial ou final de subsunção. Se os princípios forem definidos como normas que estabelecem um dever-ser ideal, que podem ser cumpridas em vários graus e, no caso de conflito, podem ter uma dimensão de peso maior ou menor, os postulados não são princípios: eles não estabelecem um dever-ser ideal, não são cumpridos de maneira gradual e, muito menos, possuem peso móvel e circunstancial. Em vez disso, estabelecem diretrizes metodológicas, com aplicação estruturante e constante relativamente a outras variáveis.

Os postulados normativos consistem em uma terceira espécie de normas jurídicas que objetivam viabilizar e estruturar as normas jurídicas (princípios e regras). Tratam-se pois, de normas metodológicas.

6.1.5 Status jurídico do princípio da proporcionalidade

Para Robert Alexy e os seguidores de sua teoria, o princípio da proporcionalidade não pode ser compreendido como princípio. Isto porque, a proporcionalidade “não é objeto de ponderação com relação a qualquer princípio, mas, ao contrário, apresenta estrutura rígida e definida de aplicação (em função das máximas parciais)” (FERRAZ, 2009, p. 124), sendo aplicada ou não, integralmente.

Destarte, de acordo com a teoria defendida por Alexy, o princípio da proporcionalidade não é um princípio, mas uma regra, sendo aplicado através da subsunção. Nesse diapasão, o citado doutrinador utiliza a expressão máxima da proporcionalidade ao se referir ao mencionado princípio.

Esta posição adotada por Alexy e seus discípulos é alvo de críticas, porque está desassociada dos avanços da hermenêutica filosófica e concretista, bem como da filosofia da linguagem. Os críticos argumentam ainda, que essa teoria apresenta uma incoerência interna. Esclarece Leonardo de Araújo Ferraz (2009, p. 124 e 125):

Essa posição defendida pela escola alexyana, mormente seus seguidores brasileiros, não pode ser aceita acriticamente por causa de dois argumentos bem objetivos: o primeiro deles consiste no fato de ela desconsiderar os avanços da filosofia da linguagem e da hermenêutica filosófica e concretista, e o segundo seria o fato de explicitar uma própria incoerência interna dessa modelagem. No primeiro argumento, sem ainda considerar o fato de o princípio da proporcionalidade ser ou não uma norma jurídica – regra para Alexy, é uma espécie de norma, - tem-se que (...) a partir do giro linguístico, não há mais como sustentar a existência de qualquer norma jurídica a partir de um viés meramente substantivo, desconhecendo que texto e norma são coisas distintas, fato este que, por si só, afasta a possibilidade de segmentar normas por esse critério. No segundo argumento, a contradição aparece quando Alexy, ao classificar o princípio da proporcionalidade como regra, confere, na essência, um sentido de verdadeira norma jurídica, o que de certo poderia levar ao falso entendimento de que a regra da proporcionalidade poderia ser aplicada em sentido material, passível de entrar em conflito, ainda, com outras regras.

Entretanto, Guerra Filho (2003) apud Ferraz (2009, p. 245) sustenta que o princípio da proporcionalidade é um “mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro”. Trata-se, portanto, de um princípio.

Por sua vez, Humberto Ávila leciona que o princípio da proporcionalidade não é um princípio, mas um postulado normativo que visa viabilizar e estruturar a aplicação das normas jurídicas. Aduz ser impossível existir uma violação direta ao postulado da proporcionalidade, já que são as regras e os princípios que, nessa hipótese, deixam de ser aplicados.

Há doutrinadores que por sua vez, lecionam que a proporcionalidade não é princípio, nem regra, tampouco postulado normativo. Trata-se de “um instrumento, um critério - sem ‘conteúdo’ material -, ou melhor, um método objetivo de interpretação, uma receita de bolo pronta, que se destina a solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais” (FERRAZ, 2009, p. 127).

No entanto, a despeito da divergência doutrinária a respeito do *status* jurídico desse princípio, no presente trabalho, será adotada a nomenclatura princípio da proporcionalidade, considerando sua adoção pelos Tribunais pátrios.

6.2 Vacilações e ambiguidades terminológicas

Vale destacar que, etimologicamente, o termo proporcionalidade está vinculado à proporção, que denota a ideia de “relação entre coisas; comparação; dimensão, extensão; disposição regular, harmônica; harmonia; conformidade, identidade; igualdade de duas razões” (FERREIRA, 1994-1995, p. 533).

A expressão proporcionalidade “faz referência à noção de proporção, adequação, medida justa e adequada à necessidade exigida pela hipótese concreta” (FIQUEIREDO, 2005, p. 174).

Todavia, doutrina e jurisprudência empregam termos variados ao se referir ao princípio da proporcionalidade. Inexiste assim, uma unidade de sistematização no tocante a designação deste princípio.

Normalmente, ao tratar do princípio da proporcionalidade, doutrina e jurisprudência se referem ao princípio da razoabilidade. Ambos os conceitos se relacionam com a “busca do equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos” (GOMES, 2003, p. 37). Sustenta-se que “o que é proporcional também é razoável” (GOMES, 2003, p. 38), porém, nem tudo o que é razoável será proporcional. Ademais, há situações em que o termo razoabilidade será utilizado no sentido dos princípios da adequação e da necessidade, subprincípios do princípio da proporcionalidade.

Empregam também, “as expressões proporcionalidade e proibição de excesso para designar o conjunto de subprincípios - adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - que compõe o princípio” (FIQUEIREDO, 2005, p. 175). Contudo, a Corte Constitucional da Alemanha tem se referido ao princípio da proporcionalidade e da proibição de excesso como se possuíssem significados e abrangências distintas.

Paulo Bonavides (2011, p. 404) aponta outras variações terminológicas:

De início, as vacilações terminológicas do Tribunal alemão eram mais acentuadas, determinando qualificações como excessivo (übermässig), inadequado (unangemessen), racional (vernünftig), materialmente justo e legítimo (sachgerecht und vertretbar), necessário (erforderlich), indispensável (unerlässlich), absolutamente necessário (unbedingt notwendig), compiladas por Hans Schneider com toda a paciência nos acórdãos da Corte Constitucional. Há também expressões concorrentes, rivais ou afins ao conceito de proporcionalidade, volvidas, pelo seu aspecto material ou de conteúdo, para o lado tópico da solução justa do caso concreto, as quais foram reconhecidas e arroladas por Hirschberg, a saber, a “vedação de arbítrio” (Willkürverbot), o “princípio de avaliação de bens jurídicos” (Güterabwägungsprinzip), “princípio de avaliação de interesses” (Grundsatz der Interessenabwägung) e o “princípio de justiça” (Gerechtigkeitsgrundsatz), todos subjacentes ao princípio da proporcionalidade. Outros princípios convergentes, aparentados também com o da proporcionalidade, são o princípio da “concordância prática”, formulado e desenvolvido teoricamente por Konrad Hesse (das Prinzip der praktischen Konkordanz) e o princípio da “boa-fé” (der Grundsatz von Treu und Glauben); o primeiro, tanto quanto o da proporcionalidade, no qual aliás se acha de certo modo implícito, tem sido de valioso préstimo respeitosa e à interpretação dos direitos fundamentais.

Apesar das várias terminologias utilizadas pela doutrina e pela jurisprudência, no presente trabalho, adotamos o termo princípio da proporcionalidade na sua acepção lata, sendo os princípios da proibição de excesso e da proibição de proteção deficiente ou vedação da infraproteção, vertentes do mencionado princípio.

6.3 A dupla face do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é muito antigo, tendo surgido na Grécia antiga e estabelecia uma “relação entre meios e fins, cuja aplicação se consolidou em diversos domínios do saber, tais quais a matemática, a física e, posteriormente, a filosofia e o Direito” (FERRAZ, 2009, p. 75). Também é possível identificar manifestações deste princípio no direito romano e na Europa continental, sempre impondo limites a atuação do Estado.

Vale ressaltar que a noção de proporcionalidade sempre esteve associada aos critérios de fixação da pena, relação consagrada no artigo 8º, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que prevê: “a lei não deve estabelecer outras penas que não as estritas e evidentemente necessárias”.

Contudo, foi na doutrina e na jurisprudência alemã que o princípio da proporcionalidade foi efetivamente consagrado, sendo aplicado, inicialmente, no direito administrativo, e posteriormente, no direito constitucional.

O referido princípio, que se relaciona com as ideias de Justiça e moderação, passou a ser objeto de estudos e discussões intensas após a Segunda Guerra Mundial, sendo amplamente aplicado no direito constitucional.

Neste cenário, passou-se a aplicar o princípio da proporcionalidade, como uma forma de tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as arbitrariedades do poder. Em razão disto, constata-se o vínculo estabelecido entre tal princípio e o direito constitucional, conferindo-lhe importância, “prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardiais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade” (BONAVIDES, 2011, p. 395). O princípio da proporcionalidade passa a ser visto como um dos princípios inerentes ao Estado de Direito, tutelando os direitos e as liberdades fundamentais.

Os juristas ao estudarem o mencionado princípio, contataram “a existência de três elementos, conteúdos parciais ou subprincípios que governam a composição do princípio da proporcionalidade” (BONAVIDES, 2011, p. 396), quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação, também denominada de pertinência ou aptidão, se refere ao meio certo para se alcançar determinado fim. Portanto, “a medida estatal desencadeada (meio) há de ser idônea para atingir a finalidade perseguida (fim): a realização do interesse público” (FELDENS, 2008, p. 83). Assim, o meio será adequado quando for apto a alcançar o fim desejado.

Por outro lado, de acordo com o subprincípio da necessidade (também chamado de subprincípio da exigibilidade), “a medida eleita há de consubstanciar-se como o meio menos gravoso, dentre os disponíveis e eficazes, à obtenção do fim almejado” (FELDENS, 2008, p. 83). Significa dizer que, dentre as medidas disponíveis para se alcançar o resultado desejado, deve-se adotar aquela que

menos restrinja os direitos fundamentais relacionados com o conflito de normas. Destarte, não basta que o meio adotado seja apto a atingir o fim perseguido. É essencial que o meio seja o menos oneroso, ou melhor, que importe a menor interferência possível nos direitos dos cidadãos.

Considerando estes dois subprincípios, faz-se necessário ressaltar que, na hipótese de que o meio mais adequado para alcançar o fim desejado, seja o mais restritivo aos direitos fundamentais, o Estado deverá se pautar na razoabilidade. Desse modo, o Estado poderá adotar qualquer medida, desde ela não seja excessivamente restritiva aos direitos, nem possua eficácia irrisória.

De acordo com o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, também denominado princípio da conformidade, princípio da justa medida, máxima de sopesamento ou ponderação, “são pesadas as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins” (FELDENS, 2008, p. 85). O meio adotado não pode ser desproporcional ao fim desejado.

Tal subprincípio estabelece que havendo um conflito de normas, deve-se aferir a importância dos bens jurídicos envolvidos no conflito, prevalecendo aquele que ostente maior valor.

A partir dos três subprincípios de concretização do princípio da proporcionalidade, constata-se a obrigação de se valer dos meios adequados para se alcançar o fim desejado, bem como a proibição do emprego de meios desproporcionais ao fim perseguido.

Além de possuir três subprincípios, o princípio da proporcionalidade apresenta uma dupla face, sendo elas: o princípio da proibição de excesso e o princípio da proibição de proteção deficiente ou vedação da infraproteção. A primeira face visa proteger os cidadãos contra as arbitrariedades praticadas pelo Estado no combate ao crime. De outra banda, de acordo com a segunda, além de existir a proteção vertical, contra os abusos do Estado, faz-se necessário haver a proteção horizontal, cabendo ao Estado proteger os cidadãos de agressões de terceiros, não podendo haver, portanto, proteção deficitária.

Nessa linha, aduz Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 107):

(...) a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...) um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguintes, na esfera da política criminal (...).

Confirma Lenio Luiz Streck (2005, p. 179):

Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de “proibição de proteção deficiente” (*Untermassverbot*).

E ainda Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 56):

O campo de atuação do princípio da proporcionalidade é polarizado. Tem-se admitido que ele deve ser tratado como um “superprincípio”, talhando a estratégia de composição no aparente “conflito principiológico” (ex. proteção da intimidade *versus* quebra de sigilo). Por sua vez, deve ser visto também na sua faceta da *proibição de excesso*, limitando os arbítrios da atividade estatal, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vedando-se a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime. Deve-se destacar ainda, (...) outra modalidade do princípio da proporcionalidade, que é a *proibição de proteção deficiente*. O campo de proteção do cidadão deve ser visto de forma ampla. Existe a “proteção vertical”, contra os arbítrios do próprio Estado, evitando-se assim excessos, como visto acima, e a “proteção horizontal”, que é a garantia contra agressões de terceiros, “no qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões”. Portanto, a atividade estatal protetiva não pode ser deficitária, o que pode desaguar em nulidade do ato.

Constata-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade apresenta dupla face. Isto porque, protege os cidadãos contra os excessos praticados pelo Estado através do princípio da proibição de excesso e também contra as agressões de terceiros, por meio do princípio da proibição da proteção deficiente.

6.3.1 Princípio da proibição de excesso

Após a Segunda Guerra Mundial, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais passaram a utilizar o direito constitucional como uma forma de minimizar as consequências da guerra. Neste cenário, desenvolve-se o princípio da proporcionalidade, como um instrumento de controle dos atos, comissivos ou omissivos, praticados pelo poder público. O princípio da proporcionalidade passou então a ser entendido como um mecanismo utilizado com o fim de coibir e limitar as arbitrariedades praticadas pelo poder público.

É comum que órgãos ou agentes estatais, durante sua atuação, a fim promover a efetivação dos deveres de tutela (proteção), possam adotar meios desproporcionais e que violem os direitos fundamentais. Neste contexto, incide o princípio da proibição de excesso (tradução do alemão *Übermassverbot*), também denominado princípio da proibição da proteção excessiva ou da proibição de intervenção excessiva, atuando como “direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção” (SARLET, 2005, p. 131). Trata-se de um “limite às limitações aos direitos fundamentais” (SARLET, 2012, p. 406), isto é, de “um aparelho de salvaguarda dos direitos fundamentais para frear a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos” (BONAVIDES, 2011, p. 420).

Sendo assim, o Estado, durante sua atuação, não pode empregar meios que violem os direitos fundamentais dos cidadãos. Isto, porque, é assegurada a proteção dos cidadãos contra os excessos praticados pelos órgãos estatais, seja de forma preventiva ou repressiva. Cuida-se do denominado garantismo negativo.

O princípio da proibição de excesso orienta as atividades de todos os órgãos do poder público. Vincula o legislador, que não pode elaborar leis excessivas e desnecessárias, razão pela qual “o princípio da proibição do excesso surge como um princípio intrinsecamente informador da legislação” (CANOTILHO, 1999, p. 60). Vincula ainda, o poder público administrativo e judiciário, sendo que a este último compete “fiscalizar o uso dos poderes e a justiça das medidas adoptadas por estes

poderes, contribuindo para um Estado do direito mais amigo da justiça e dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 1999, p. 61).

Ressalta-se que o referido princípio também é composto pelos três elementos que integram o princípio da proporcionalidade, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Destarte, em sua aplicação, deve-se verificar se o meio é apto a atingir o fim almejado; se o meio adotado é o mesmo restritivo aos direitos fundamentais, e por fim, se há equilíbrio entre o meio utilizado e o fim perseguido.

6.3.2 Princípio da proibição da proteção deficiente

O Estado pode não obter êxito na efetivação dos deveres de proteção, atuando de maneira deficiente, ou melhor, “ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar” (SARLET, 2012, p. 406). Nesse diapasão, a doutrina e a jurisprudência têm admitido a incidência do princípio da proibição da proteção deficiente (tradução do alemão *Untermassverbot*), também denominado princípio da proibição da insuficiência ou da proibição da infraproteção, atuando na hipótese de “insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado” (SARLET, 2005, p. 132).

Portanto, caso o Estado não esteja protegendo determinado direito fundamental ou esteja protegendo-o de maneira insuficiente (abaixo dos níveis constitucionalmente exigidos), aplica-se o princípio da proibição da proteção deficiente. Trata-se do dever de proteção imposto ao Estado, de acordo com o qual, este deve proteger os cidadãos, contra as agressões provenientes de terceiros de maneira suficiente. Cuida-se do denominado garantismo positivo.

Leciona Luciano Feldens (2008, p. 92):

A proibição da proteção deficiente relaciona-se diretamente, pois, à função dos direitos fundamentais como imperativo de tutela (na realidade, lhe é complementar), notadamente no que demandam, para seu integral desenvolvimento, uma atuação ativa do Estado em sua proteção.

Recentemente esse princípio vem sendo empregado pela doutrina e, principalmente, pela jurisprudência, razão pela qual se verifica a ausência de uma “elaboração dogmática tão sofisticada e desenvolvida quanto a registrada no âmbito do princípio da proporcionalidade compreendido como proibição de excesso” (SARLET, 2005, p. 135).

Ademais, tal princípio tem encontrado grande resistência doutrinária, pois ainda é “elevado o grau de ceticismo em relação à construção teórica da vedação de insuficiência” (SARLET, 2005, p. 135). Parte da doutrina, baseada na tese da congruência, também denominada “tese da convergência ou solução pelo direito de defesa” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 56), sustenta que esse princípio não possui autonomia, estando associado ao princípio da proibição de excesso. Assim, destaca Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 135):

De modo especial, argumenta-se que existe uma substancial congruência (pelo menos no tocante aos resultados) entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, notadamente pelo fato de que esta encontra-se abrangida pela proibição de excesso, no sentido de que aquilo que corresponde ao máximo exigível em termos de aplicação do critério da necessidade no plano da proibição de excesso, equivale ao mínimo reclamado pela proibição de insuficiência.

Confirma José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 56 e 57):

A chamada tese da congruência, também chamada tese da convergência ou solução pelo direito de defesa, nega a autonomia da proibição de insuficiência, que seria mero reflexo da proibição de excesso, de modo que a teoria do dever de proteção nada aportaria à teoria dos direitos de defesa. Para essa corrente, a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo conduziria aos mesmos resultados pretendidos com a proibição de insuficiência.

De outra banda, há doutrinadores que insistem que o princípio da proibição da proteção deficiente é dotado de autonomia, estando desassociado do princípio da proibição de excesso e vinculado à “função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção)” (SARLET, 2005, p. 135).

Tais doutrinadores negam que a proibição da proteção deficiente esteja abrangida pela proibição de excesso, pois esta será verificada no conteúdo da lei, enquanto aquela será constatada fora da lei em concreto. Nessa linha:

(...) no âmbito da primeira (proibição de excesso), o requisito da necessidade constitui uma grandeza vinculada a uma determinada e concreta medida legislativa, de tal sorte que o seu controle limita-se ao âmbito interno da lei, ao passo que o exame da necessidade levado a efeito em se tratando de um dever de proteção estatal (e, portanto, da incidência da proibição de insuficiência) diz com uma grandeza que transcende o ato legislativo concreto e baseada diretamente em um valor de natureza constitucional (SARLET, 2005, p. 136 e 137).

Conclui-se que tais princípios estão em níveis normativos diferentes, conforme esclarece José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 57):

(...) A proibição de insuficiência determina a adoção de certas medidas enquanto a proibição de excesso serve como critério para verificação da correção de medidas que já foram adotadas ou determina a omissão dos poderes públicos. Em outras palavras, a proibição de insuficiência está direcionada à omissão indevida do legislador e à proibição de excesso à sua atuação concreta e positiva.

Além disso, argumentam que embora possa existir equivalência no tocante aos resultados, na aplicação da proibição da proteção deficiente, não são empregados os mesmos argumentos da proibição de excesso ante as peculiaridades da situação. Aduz Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 135 e 136):

(...) a despeito de uma possível (mas não necessária) equivalência no campo dos resultados – não incidem exatamente os mesmos argumentos que são utilizados no âmbito da proibição de excesso, na sua aplicação em relação aos direitos fundamentais na sua função defensiva (como proibição de intervenção), já que em causa estão situações completamente distintas: na esfera de uma proibição de intervenção está a se controlar a legitimidade constitucional de uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental, ao passo que no campo dos imperativos de tutela cuida-se de uma omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de um bem fundamental ou mesmo de uma atuação insuficiente para assegurar de modo minimamente eficaz a proteção.

Outra diferença destacada pela doutrina entre a proibição da proteção deficiente e a proibição de excesso, é que nesta há uma relação bipolar, figurando como partes o Estado e o cidadão. Entretanto, na proibição da proteção deficiente, há uma relação triangular, na qual há um particular que tem seus direitos fundamentais atacados ou ameaçados por outro particular, e o Estado, que atua como garantidor desses direitos, não agindo como inimigo.

Apontam ainda, como critério distintivo, o grau de vinculação dos órgãos do poder público a tais princípios, já que em sede da proibição de insuficiência “é assegurada uma margem significativamente maior aos órgãos estatais, de modo especial ao legislador, a quem incumbe, em primeira linha, eleger e definir as medidas protetivas” (SARLET, 2005, p. 136).

Outrossim, rechaçam a existência de substancial congruência entre a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente ao demonstrar que:

(...) no âmbito da primeira (proibição de excesso), o requisito da necessidade constitui uma grandeza vinculada a uma determinada e concreta medida legislativa, de tal sorte que o seu controle limita-se ao âmbito interno da lei, ao passo que o exame da necessidade levado a efeito em se tratando de um dever de proteção estatal (e, portanto, da incidência da proibição de insuficiência) diz com uma grandeza que transcende o ato legislativo concreto e baseada diretamente em um valor de natureza constitucional (SARLET, 2005, p. 136 e 137).

Contudo, a despeito das diferenças apontadas entre os princípios da proibição da proteção deficiente e da proibição de excesso, é certo que possuem um ponto em comum: “o critério da necessidade (isto é, da exigibilidade) da restrição ou do imperativo de tutela que incumbe ao poder público” (SARLET, 2005, p. 137). Destarte, de acordo com o princípio da proporcionalidade, o Estado deve observar o princípio da proibição da proteção deficiente e da proibição de excesso, não atuando com demasia, nem de maneira insuficiente.

Neste sentido, manifesta-se Luciano Feldens (2008, p. 93):

(...) o espaço de atuação do legislador estaria estreitado por dois limites: pela proibição da proteção excessiva em prol do indivíduo restringido na sua liberdade, bem como pela proibição da proteção deficiente em prol do titular do direito a ser tutelado. Sendo assim, devemos extrair da proibição de

excesso a medida máxima, e da proibição da proteção deficiente a medida mínima da atuação legislativa, centrando-se a zona de discricionariedade do Poder Legislativo entre a medida máxima e a medida mínima.

Vale ressaltar que o princípio da proibição deficiente, assim como o princípio da proibição de excesso, é composto por três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Verificada a existência do dever de proteção e seu objeto, o princípio da proteção deficiente será aplicado a partir da análise destas três etapas.

Assim, deve-se analisar o subprincípio da adequação, a fim de se verificar se a medida adotada ou prevista para a proteção do direito fundamental é idônea a tutelar o bem protegido. Sendo positiva a resposta, de acordo com o subprincípio da necessidade, faz-se necessário verificar se há outra medida de proteção mais eficaz e que importe em menor restrição ao bem fundamental. Por fim, no âmbito do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, de rigor, analisar se as ameaças e riscos existentes após a adoção da medida de proteção serão tolerados diante da necessidade de se tutelar outros bens e direitos fundamentais.

É o que defende Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 408):

(...) é possível descrever as três etapas da seguinte maneira: a) no que diz com o exame da adequação ou idoneidade, é necessário verificar se a(s) medida(s) - e a própria concepção de proteção - adotada(s) ou mesmo prevista(s) para a tutela do direito fundamental é(são) apta(s) a proteger de modo eficaz o bem protegido; b) em sendo afirmativa a primeira resposta, cuida-se de averiguar se existe uma concepção de segurança (proteção) mais eficaz, sem que com isso se esteja a intervir de modo mais rigoroso em bens fundamentais de terceiros ou interesses da coletividade? Em outras palavras, existem meios de proteção mais eficientes, mas pelo menos tão pouco interventivos em bens de terceiros? (...); c) no âmbito da terceira etapa (que corresponde ao exame da proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade, como preferem alguns), é preciso investigar se o impacto das ameaças e riscos remanescentes após a efetivação das medidas de proteção é de ser tolerado em face de uma ponderação com a necessidade de preservar outros direitos e bens fundamentais pessoais ou coletivos.

Posto isto, de acordo com o princípio da proibição da proteção deficiente, as medidas tutelares adotadas pelos órgãos de poder público (legislativo, executivo e judiciário), no cumprimento do dever de proteção dos direitos fundamentais, devem “ser suficientes para oportunizar a proteção tida por adequada

e necessária” (FELDENS, 2008, p. 91). Nesse diapasão, caso o Estado não queira violar tal princípio, deve adotar medidas de proteção aos direitos fundamentais, de acordo com os níveis constitucionalmente exigidos.

Portanto, os órgãos do poder público devem adotar medidas tutelares que não correspondam à intervenção excessiva aos direitos fundamentais, nem sejam insuficientes a alcançar o fim proposto. Afastados os excessos e os déficits de proteção, será alcançada a proteção eficiente.

6.4 O princípio da proporcionalidade na Constituição Federal brasileira

O princípio da proporcionalidade é um princípio essencial ao Estado de Direito, sendo empregado na proteção dos direitos e das liberdades fundamentais, contra as arbitrariedades praticadas pelo Estado e por particulares. Assim, o princípio da proporcionalidade, não pode permanecer encoberto no ordenamento jurídico brasileiro. Torna-se, portanto, necessário extraí-lo da doutrina e do texto constitucional, a fim de introduzi-lo na jurisprudência.

Trata-se de um princípio axioma do Direito Constitucional, inerente ao Estado de Direito e instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, contra atos arbitrários praticados pelo Estado e pelos particulares. Nessa esteira, não há justificativa para que a Constituição brasileira não o adote.

Neste sentido, adverte Paulo Bonavides (2011, p. 436):

(...) o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.

Segundo Paulo Bonavides (2011, p. 434), “a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional”. Pode ser extraído a partir de outros princípios, como, por exemplo, do princípio da igualdade.

O princípio da proporcionalidade está implícito no texto constitucional. No entanto, apesar de não estar expresso da Constitucional Federal, tal fato não pode ser considerado um óbice ao reconhecimento da positividade desse princípio. Nessa linha se manifesta Willis Santiago Guerra Filho (1999, p. 58):

A ausência de uma referência explícita ao princípio no texto da nova Carta não representa nenhum obstáculo ao reconhecimento de sua existência positiva, pois ao qualificá-lo como “norma fundamental”, nos termos da Teoria Pura kelseneana, se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo “posta” (positivada) e “pressuposta” (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo).

A Constituição Federal de 1988 consagra regras de aplicação desse princípio, porém, sem explicitá-lo. Isto ocorre, por exemplo, com certos direitos sociais, no âmbito do Direito Tributário e do Direito Eleitoral (artigo 45, §1º, da Constituição Federal, que prevê a composição proporcional da Câmara de Deputados). Constata-se a aplicação desse princípio em outros dispositivos constitucionais.

Aduz Paulo Bonavides (2011, p. 434 e 435):

A aplicação do princípio se insere, do mesmo passo, particularizada em figura de norma, nos seguintes lugares do texto constitucional: - Incisos V, X e XXV do art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais; §3º do art. 36 sobre intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública; §4º, bem como alíneas c e d do inciso III do art. 40 sobre aposentadoria de servidor público; inciso V do art. 40 sobre competência exclusiva do congresso Nacional; inciso VIII do art. 71 da Seção que dispõe sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84 relativo à competência privativa do Presidente da República; incisos II e IX do art. 129 sobre funções constitucionais do Ministério Público; caput do art. 170 sobre princípios gerais da atividade econômica; caput e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173 sobre exploração da atividade econômica pelo Estado; §1º do art. 174 e inciso IV do art. 175 sobre prestação de serviços públicos.

Vale destacar, que no artigo 37, IX, da Constituição Federal se constata a aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso. Ademais, a aplicação do princípio da proporcionalidade é verificada no artigo 2º, *caput*, da Lei nº. 9.784/99 e na Lei do Estado de São Paulo nº. 10.294/99.

Destarte, torna-se imprescindível reconhecer que tal princípio está implícito, e por conseguinte, positivado no ordenamento jurídico brasileiro, como meio de proteção dos cidadãos dos arbítrios praticados pelo Estado e pela sociedade, tendo, inclusive, como fundamento o disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal.

Corroborando Paulo Bonavides (2011, p. 435 e 436):

Mas é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional. (...) O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como “norma jurídica global”, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Além de estar positivado no arcabouço jurídico pátrio, o princípio da proporcionalidade vem sendo adotado pelos Tribunais brasileiros, de maneira explícita, implícita ou como sinônimo do princípio da igualdade, razoabilidade e devido processo legal.

Parte da doutrina “aponta o RE 18331/SP de 21 de setembro de 1951, de relatoria do Ministro Orozimbo Nonato, como o marco da ‘introdução’ do princípio da proporcionalidade” (FERRAZ, 2009, p. 103) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O referido recurso extraordinário discutia a inconstitucionalidade de uma lei do município de Santos/SP, que majorava o valor cobrado a título de licença para o uso de cabines para banho.

Após analisar a caso concreto, o Ministro Orozimbo Nonato alegou que:

(...) o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e indústria e com o direito de propriedade. “É um poder, em suma, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina do *detournement de pouvoir*” (FERRAZ, 2009, p. 103).

Como se verifica, no julgado, inexistente menção expressa ao princípio da proporcionalidade. O ministro se refere apenas à necessidade de coibir os abusos praticados pelo legislador, adotando a proporcionalidade como proibição de excesso.

Com efeito, outros julgados pacificaram o entendimento de que o princípio da proporcionalidade integra o ordenamento constitucional pátrio.

A propósito:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR. 2., 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida (Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno - ADI 855 MC / PR - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - J. 01/07/1993).

ELEIÇÕES - CANDIDATOS - NÚMERO - DEFINIÇÃO. Ao primeiro exame, não surge a relevância de pedido no sentido de suspender-se preceito de lei que vincula o número de candidatos por partido às vagas destinadas à representação do povo do Estado na Câmara dos Deputados. Harmonia do preceito do § 2º do artigo 10 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, regedora das eleições de 1998, com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ínsitos na Carta da República (Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno - ADI 1813 MC / DF - Rel. Min. Marco Aurélio - J. 23/04/1998).

INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de

serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido (Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno - IF 492 / SP - Rel. Min. Marco Aurélio - J. 26/03/2003).

O Supremo Tribunal Federal também consagrou o entendimento de que o princípio da proporcionalidade, além dos três elementos parciais que o integram, apresenta uma dupla face, sendo: princípio da proibição de excesso (no sentido de proteger os cidadãos contra os arbítrios praticados pelo Estado) e o princípio da proibição de proteção deficiente (no que diz respeito à proteção dos cidadãos de agressões provenientes de particulares).

Assim, baseado na dupla face do princípio da proporcionalidade, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 418376/MS (J. 09/02/2006), de relatoria do Ministro Marco Aurélio, rechaçou a aplicação da extinção da punibilidade prevista no artigo 107, VII, do Código Penal (revogado pela Lei nº. 11.106/05), ao autor de estupro que, posteriormente, viesse a conviver em união estável com a vítima. Na ocasião deste julgamento, sustentou o Ministro Gilmar Mendes:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se conquista na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição da proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal garantir a proteção de um direito fundamental (Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno - RE 418376/MS - Rel. Min. Marco Aurélio - J. 09/02/2006).

Outrossim, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3112/DF (J. 02/05/2007), de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que estava sendo discutida a constitucionalidade de certos dispositivos do Estatuto de Desarmamento, novamente o Ministro Gilmar Mendes se referiu a proibição da proteção deficiente. Confirma-se:

É inequívoco, porém, que a Constituição brasileira de 1988 adotou, muito provavelmente, um dos mais amplos, senão o mais amplo “catálogo” de

mandatos de criminalização expressos de que se tem notícia. Ao lado dessa ideia de mandatos de criminalização expressos, convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas. Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado (Supremo Tribunal Federal - Tribunal Pleno - ADI 3112 / DF - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - J. 02/05/2007).

A dupla face do princípio da proporcionalidade também foi discutida no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3510/DF (J. 29/05/2008), de relatoria do Ministro Ayres Britto, na qual era debatida a constitucionalidade da Lei nº. 11.105/05, que permitia a utilização de células-tronco de embrião humano em pesquisa e terapia, desde que observadas as condições impostas.

Recentemente, no julgamento do Habeas Corpus nº. 104410/RS (J. 06/03/2012), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi discutida a legitimidade da criminalização do porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, considerando a proibição de excesso e a proibição da proteção deficiente.

Apesar do princípio da proporcionalidade e suas vertentes não estarem expressos da Constituição Federal, tem-se admitido a existência de previsão implícita e positivada no ordenamento constitucional brasileiro, sendo crescente sua utilização na jurisprudência pátria.

7 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MECANISMO DE APROVEITAMENTO DA PROVA ILÍCITA

Em sede de matéria probatória, vige o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita, consagrado no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal e corroborado pelo disposto no artigo 157, do Código de Processo Penal.

De acordo com esse princípio, as provas colhidas a partir de violações ao direito material ou a princípios constitucionais penais, não serão admitidas no processo, sendo tal vedação estendida às provas obtidas a partir dessas violações. Trata-se de uma garantia fundamental e cláusula pétrea assegurada constitucionalmente aos cidadãos frente à atividade persecutória promovida pelo Estado.

Entretanto, essa garantia constitucional não é absoluta. Significa dizer que, em situações excepcionais, o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita será mitigado, a fim de permitir que provas colhidas a partir de meios ilícitos possam ser utilizadas do processo.

Como se observa, há a possibilidade de se aplicar ao caso concreto, mecanismos de aproveitamento da prova ilícita, tais como a teoria da fonte independente, teoria do descobrimento inevitável, limitação da contaminação, limitação da boa-fé, teoria do encontro fortuito das provas, teoria da exclusão da ilicitude e a prova ilícita *pro reo*.

Além desses mecanismos, a doutrina e a jurisprudência, excepcionalmente, vêm admitindo o aproveitamento das provas ilícitas ante ao princípio da proporcionalidade. Nesse sentido se manifesta Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (2011, p. 129):

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade,

pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contratantes.

Portanto, tem-se aplicado o princípio da proporcionalidade a fim de admitir a utilização das provas ilícitas no processo, quando estas beneficiarem o réu, sob o argumento de que o mesmo não pode ter sua liberdade cerceada por ter sido a prova de sua inocência obtida a partir de meios ilícitos.

Nesse contexto, verifica-se que de um lado está o direito à liberdade, constitucionalmente assegurado, e de outro, a garantia fundamental da inadmissibilidade da prova ilícita. Isso ocorre, pois a Constituição Federal brasileira tutela direitos e interesses variados, que tendo a sociedade como destinatária.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 320), “para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada ponderação de bens e/ou de interesses”. Busca-se através deste critério hermenêutico, a proteção mais adequada, obtida a partir do meio menos restritivo. Para isso, ao caso concreto devem ser aplicados os elementos parciais do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para se constatar qual princípio prevalecerá.

Nessa esteira, aplicando-se os subprincípios da proporcionalidade ao conflito entre a garantia do direito à liberdade e da garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, a primeira prevalecerá em detrimento da segunda.

Não é admissível que um inocente seja condenado, simplesmente para se sustentar a garantia da vedação da utilização da prova ilícita no processo. Ocorrendo um conflito entre esta garantia e a garantia do direito à liberdade, esta perpetuará em razão de sua maior importância e relevância.

A propósito leciona Eugênio Pacelli de Oliveira (2008, p. 321 e 322):

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 explicável.

Corroborar José Carlos Barbosa Moreira (1994, p. 128):

(...) o direito de provar a inocência deve prevalecer sobre o interesse proteção que inspira a norma proibitiva, e acrescenta-se que não pode interessar ao Estado a condenação de um inocente, a qual implicará talvez a impunidade do verdadeiro culpado.

Vale destacar que o aproveitamento da prova ilícita, quando esta beneficia o réu, é fundamentado não somente pela aplicação do princípio da proporcionalidade, mas também no princípio da ampla defesa e na teoria da exclusão da ilicitude, anteriormente exposta.

Ademais, faz-se necessário considerar, que a garantia fundamental da inadmissibilidade da prova ilícita no processo consiste em uma proteção aos cidadãos contra as arbitrariedades cometidas pelo Estado durante a persecução penal, não podendo ser utilizada contra seus titulares.

Nesse diapasão, doutrina e jurisprudência vêm admitindo o princípio da proporcionalidade como mecanismo de aproveitamento da prova ilícita, quando esta for a favor do réu. Inexiste, portanto, discussão a respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade *pro reo*.

Contudo, há intensa controvérsia no que tange a aplicação desse princípio quando as provas colhidas com violação ao direito material e a princípios constitucionais servem a acusação, sendo favorável a sociedade e contrária ao réu. A celeuma reside na possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade *pro sociedade*.

O direito penal pátrio é eminentemente garantista, tendo os cidadãos proteção contra os excessos praticados pelo Estado (denominado garantismo negativo). No entanto, esta proteção não se restringe somente a defesa dos direitos fundamentais contra os atos arbitrários praticados pelos órgãos do poder público. Isto porque, também é assegurada à sociedade proteção contra agressões provenientes de terceiros (denominada garantismo positivo), não podendo o Estado deixar os direitos fundamentais sem proteção ou protegê-los de maneira insuficiente.

Como se observa, o direito penal não se restringe ao garantismo negativo, representado pela garantia da proibição de excesso. Há também o garantismo positivo, obtido a partir da garantia da proibição da proteção deficiente.

O princípio da proibição da proteção deficiente impõe ao Estado o dever de proteger a sociedade. Nessa esteira, impõe-se aos órgãos estatais, não só a tutela dos direitos fundamentais do acusado, mas também os da coletividade. Por conseguinte, o processo consiste no mecanismo institucional apto a impor sanção àqueles que de alguma forma violaram as normas, promovendo assim a pacificação social, bem como assegurando os direitos e garantias fundamentais.

Considerando-se que a Constituição Federal brasileira tutela direitos e interesses variados, há situações em que a proteção de um direito fundamental irá impedir ou tornar insuficiente a proteção de outro. Diante desse contexto e partindo da premissa que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, deve-se verificar qual deve prevalecer em detrimento do outro.

A garantia do direito à liberdade, à segurança, bem como à inadmissibilidade da prova ilícita no processo estão expressamente previstas no artigo 5º, da Constituição Federal, sendo tuteladas constitucionalmente. Entretanto, em determinadas ocasiões, tais garantias podem estar em posições antagônicas. É o que se verifica na questão da admissibilidade da prova ilicitamente obtida, quando esta for favorável à acusação e contrária ao réu.

Nessa situação, a liberdade do acusado e a segurança pública estão em oposição. Não se admitindo a prova ilícita em favor da sociedade, estar-se-ia prestigiando a liberdade individual em detrimento da segurança da sociedade. De outra banda, sua admissibilidade ensejaria a sobreposição da segurança pública à liberdade.

Diante das discussões a respeito dessa questão, a doutrina desenvolveu três teorias. De acordo com a primeira, denominada Teoria Obstativa, a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita deve ser rigorosamente admitida, sob o argumento de que o direito não pode privilegiar um comportamento antijurídico. Por sua vez, a Teoria Permissiva sustenta que, em qualquer hipótese, deve-se buscar a verdade, prestigiando a Justiça. Para os defensores desta teoria, a ilicitude não

retira da prova seu valor como elemento útil à formação do convencimento do magistrado.

Por fim, há a Teoria Intermediária, que oscila entre a Teoria Obstativa e a Teoria Permissiva, dependendo do caso concreto. Por meio desta teoria, analisa-se os direitos e garantias fundamentais do acusado e os interesses da sociedade a fim de se verificar qual deverá prevalecer ante as peculiaridades do caso *sub judice*. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade. Adverte Camargo Aranha (1994, p. 50):

Tal corrente reconhece, *a priori*, a inconstitucionalidade da prova ilícita; contudo, cotejando-a com o malefício provocado à sociedade pelo criminoso, estabelece um juízo de admissibilidade ou não. Determinando-se uma proporção entre a infringência da norma na colheita da prova e os valores que a sociedade deve preservar e que tal prova visa proteger, encontra-se o equilíbrio pela proporção, trazendo o juízo de admissibilidade ou não. Para tal teoria intermediária, propomos uma nova denominação: a do interesse preponderante. Em determinadas situações a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes, antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar que o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado.

Posto isto e considerando que a questão da admissibilidade da prova ilícita em desfavor ao réu envolve duas garantias constitucionalmente asseguradas (liberdade do acusado e segurança pública), impõe-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo por escopo verificar, de acordo com o caso concreto, qual direito deverá ser resguardado, independentemente de quem será favorecido pela prova ilicitamente obtida.

Aduz Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 86):

(...) vai tomando corpo entre nós a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se a evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI do art. 5º quando a ofensa a determinada vedação constitucional é feita para a proteção de valor maior também garantido pela Constituição.

Nesse passo, assim como a garantia da inadmissibilidade da prova ilícita se curva ao direito de liberdade do acusado, quando aquela demonstrar a inocência do mesmo, também deve ceder espaço a outros direitos e garantias

fundamentais de maior valor, tais como à segurança pública e os interesses da sociedade, ainda que em desfavor ao acusado.

Com efeito, visando verificar qual direito ostenta maior valor, devendo ser resguardado, aplicar-se-á ao caso concreto, os elementos parciais do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Inicialmente, é imprescindível constatar se a prova ilícita consiste em meio apto a produzir o resultado pretendido. Sendo a resposta positiva, deve-se analisar a necessidade da medida, isto é, se ela consiste no meio menos restritivo aos direitos fundamentais em posições antagônicas.

Frisa-se que, em sede de prova ilícita, a necessidade será aferida na ocasião do julgamento do processo, cabendo ao magistrado analisar se a prova ilícita se afigura necessária, impondo naquela situação concreta, a menor restrição aos direitos e garantias fundamentais.

Assim se manifesta José Carlos Barbosa Moreira (1994, 126 e 127):

Seria mais sensato conceder ao juiz a liberdade de avaliar a situação em seus diversos aspectos; atenta a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, a vulto do dano causado e outras circunstâncias, o julgador decidiria qual dos interesses em conflito deve ser sacrificado, e em que medida. Alude-se, a tal propósito, ao chamado princípio da proporcionalidade. Há que verificar se a transgressão se explicava por autêntica necessidade, suficiente para tornar escusável o comportamento da parte, e se esta se manteve nos limites por aquela determinados; ou se, ao contrário, existia a possibilidade de provar a alegação por meios regulares, e a infração gerou dano superior ao benefício trazido à instrução do processo. Em suma: averiguar se, dos dois males, se terá escolhido o menor.

Finalmente, a partir da análise do elemento da proporcionalidade em sentido estrito, deve-se aferir a relevância dos bens jurídicos protegidos, objetivando-se que o bem de maior importância seja resguardado.

Estando a liberdade, a privacidade e a intimidade do acusado de um lado e a segurança, a vida e a integridade física da coletividade de outro, diante das peculiaridades do caso concreto, deve-se verificar se estes direitos e garantias

fundamentais ostentam maior valor e relevância em detrimento daqueles. Possuindo o direito à segurança, à vida e à integridade física da sociedade maior peso e importância, estes devem se sobrepor ao direito de liberdade, privacidade e intimidade do acusado. Nesta situação, torna-se imprescindível a admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade.

Confirma a jurisprudência:

Prova criminal – Interceptação telefônica – Inviolabilidade do sigilo que não têm caráter absoluto – Aplicação do princípio da proporcionalidade – Hipótese em que a polícia tendo suspeita razoável sobre o envolvimento no comércio de drogas, obteve autorização judicial – Recurso Provido. Havendo conflitância entre o direito à intimidade e o direito à prova (*due process of law*), deve prevalecer o que atende ao interesse maior, vale dizer o interesse da sociedade (Tribunal de Justiça de São Paulo – 3ª Câmara Criminal – ApCrim. nº. 185.901-3 – Rel. Des. Segurado Braz – J. 30/10/1995) (SILVA, 2007, p. 25).

Caso o direito à segurança, à vida e à integridade física da sociedade possuam maior peso e importância, a inadmissibilidade da prova ilícita em desfavor ao réu, retiraria a proteção daqueles direitos e garantias fundamentais, havendo manifesta infraproteção.

Destarte, havendo uma norma que retira a proteção legal conferida aos direitos e garantias fundamentais, esta será afastada ante o princípio da proibição da proteção deficiente. Ratifica Luciano Feldens (2008, p. 94):

Em consequência, no âmbito da jurisdição constitucional, a adoção da proibição de proteção deficiente autorizaria o afastamento, por invalidez, de norma que, por retiraram a proteção legal anteriormente conferida a um determinado direito fundamental, introduzam, nesse determinado ordenamento “posto”, uma situação de manifesta infraproteção. Infraproteção essa que poderá ser diagnosticada a partir de uma análise conglobada entre a faticidade e a normatividade.

Assim, na perspectiva do princípio da proibição da proteção deficiente, quando a inadmissibilidade da prova ilícita retirar a proteção de direitos e garantias constitucionalmente assegurados, esta proibição será afastada. Por conseguinte, as provas obtidas ilicitamente, ainda que desfavoráveis ao acusado, serão admitidas no

processo, assegurando a tutela dos bens jurídicos fundamentais mais relevantes nos níveis exigidos constitucionalmente.

Partindo dessas premissas, a doutrina defende a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade quando há direitos e garantias fundamentais em recíproca oposição, como cita a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº. 4138 (J. 05/03/1996), de relatoria do Ministro Adhemar Maciel.

No caso, visando obstruir a fuga de presos perigosos de um estabelecimento penitenciário, a correspondência de tais presos foi violada sem autorização judicial, ocasião em que se descobriu o plano de fuga, bem como a intenção de sequestrar um juiz de direito. A defesa, sob o argumento de violação do sigilo da correspondência, assegurado no artigo 5º, XII, da Constituição Federal, contestou essa prova. Todavia, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a administração penitenciária, com fundamento na segurança pública e visando a preservação da ordem jurídica e disciplina prisional, excepcionalmente e, desde que observado o artigo 41, parágrafo único, da Lei nº. 7210/1984⁹, pode interceptar correspondências encaminhadas pelos presos. Confirma-se:

Constitucional e processo penal. Habeas corpus. 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 a exegese na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional (*verfassungsaktualisierung*)', base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da "razoabilidade" (*reasonableness*). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (*exclusionary rule*) também lá pede temperamentos. Ordem denegada (Superior Tribunal de Justiça – 6ª Turma – HC nº. 3982/RJ – Rel. Min. Adhemar Maciel – J. 26/02/1996) (SILVA, 2007, p. 26).

⁹Artigo 41, parágrafo único, da Lei nº. 7210/1984 - Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Como se verifica no mencionado julgado, de um lado está o sigilo da correspondência e de outro a segurança pública e a vida de um juiz de direito. Nesta situação, a Suprema Corte brasileira prestigiou a segurança da sociedade e a vida do magistrado em detrimento da proteção do sigilo da correspondência, posto que aqueles bens jurídicos gozam de maior valor e relevância do que este.

De acordo com Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 88), “aqui, a prova não será considerada ilícita e, por isso, não afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo”.

Há de se ressaltar contudo, que a admissibilidade de tal prova não decorre da existência de uma norma infraconstitucional permissiva (artigo 41, parágrafo único, da Lei nº. 7210/1984), mas da ocorrência de uma situação fática extraordinária, na qual se impõe a proteção dos direitos e garantias fundamentais de maior peso e importância. Dessa maneira, impõe-se o prestígio da segurança pública e da vida do magistrado em detrimento do sigilo da correspondência.

Observa-se, que a despeito da prova ter sido colhida com infringência ao direito material ou a princípios constitucionais penais, será imprescindível sua utilização no processo, desde que sua admissibilidade seja essencial à tutela de direitos e garantias fundamentais de maior relevância. Impõe-se portanto, a análise do caso concreto à luz do princípio da proporcionalidade, na perspectiva da proibição da proteção deficiente, a fim de se verificar se é cabível ou não o aproveitamento da prova ilícita no processo.

Neste sentido, aduz Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 88):

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada.

A admissibilidade da prova ilícita em favor da sociedade somente seria admitida, excepcionalmente, a partir do exame do caso concreto considerando o princípio da proporcionalidade em sua face de proibição de proteção deficiente e seus elementos parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Apenas haverá o aproveitamento dessa prova, quando esta impõe a

proteção dos bens fundamentais de maior importância, assegurando uma tutela suficiente nos níveis exigidos pelo ordenamento constitucional.

Por consequência, não há de se falar em punição do agente que colher a prova infringindo o direito material e princípios constitucionais, eis que estava atuando em estrito cumprimento do dever legal (dever de proteger os direitos fundamentais da coletividade, tais como a segurança pública, de quaisquer ameaça ou lesão proveniente de terceiros).

Apesar da imprescindibilidade da análise do caso concreto a partir do princípio da proporcionalidade na sua perspectiva da proibição da proteção deficiente, a jurisprudência dos Tribunais Superiores pátrios vem rechaçando a admissibilidade da prova ilícita *pro societate*, admitindo-a tão somente quando favorável ao réu.

Sustenta-se que a acusação goza de uma posição mais cômoda quando comparada com a ocupada pela defesa, possuindo maiores e melhores recursos para provar a materialidade e a autoria delitiva. Por este motivo, admite-se o aproveitamento da prova ilícita quando esta for favorável ao acusado, podendo o mesmo provar sua inocência se valendo de quaisquer provas, ainda que ilicitamente obtidas. Cuida-se de uma maneira de se restabelecer a igualdade substancial entre as partes.

Todavia, esta constatação de que a acusação goza de melhores meios e recursos para demonstrar a culpabilidade do acusado, não pode ser vista como uma verdade absoluta. Isto porque, atualmente, com o fortalecimento e a expansão da criminalidade organizada, verifica-se que, muitas vezes, esta é superior a polícia e ao Ministério Público, possuindo armas e equipamentos que os órgãos do poder estatal não têm acesso.

Nessas situações, portanto, a admissibilidade da prova ilícita quando a mesma for favorável à acusação consiste em uma tentativa de se restabelecer a igualdade substancial na persecução penal, aplicando-se o princípio da isonomia.

Jose Carlos Barbosa Moreira (1994, p. 128) se manifesta neste sentido:

(...) é sempre mais cômoda a posição da acusação, porque os órgãos de repressão penal dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade formal, se estrará tratando de restabelecer entre as partes a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente, se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixe de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem lhes suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meios ilícitos.

Outrossim, para outros juristas as provas ilícitas podem ser utilizadas no processo sob o argumento da legítima defesa das liberdades públicas, havendo a exclusão da ilicitude das provas colhidas com violação das normas de direito material e princípios constitucionais. Com efeito, o argumento apresentado por tais doutrinadores é semelhante ao aplicado ao princípio da proporcionalidade, sendo que em ambos se objetiva tutelar um direito constitucional em relação a outro.

Ressalta-se ainda, que em sede de direito penal, vigora o princípio da verdade real, impondo o dever de se apurar com a maior exatidão possível a realidade fática. Sob este argumento, sendo a prova ilícita essencial para a apuração da verdade, deverá ser admitida no processo, ensejando a punição do criminoso, a distribuição da Justiça e, conseqüente, pacificação social.

Deve-se atentar para o fato de que a Constituição Federal de 1988 foi elaborada após uma enorme mudança política, na qual se extinguiu um regime autoritário de governo, onde as violações aos direitos e garantias fundamentais eram graves e frequentes. Buscou-se através do atual texto constitucional proteger esses direitos e garantias que outrora não eram respeitados pelos órgãos do poder público, adotando algumas vezes, posições radicais, como ocorre com a inadmissibilidade da prova ilícita no processo.

Contudo, atualmente há outro cenário político, no qual o direito penal não pode ser visto apenas pela perspectiva do garantismo negativo. Com efeito, a

partir dessa mudança política, o direito penal também deve ser analisado a partir do garantismo positivo, cabendo ao Estado proteger os bens fundamentais contra ameaças e lesões provenientes de particulares, sendo vedada a infraproteção.

Nesses termos, havendo direitos e garantias fundamentais em posições antagônicas, deve o magistrado, examinando as peculiaridades do caso concreto, constatar qual bem jurídico ostenta maior valor e importância, devendo este ser resguardado de acordo com os níveis exigidos pelo ordenamento constitucional pátrio. Uma garantia fundamental, como a inadmissibilidade da prova ilícita, quando em oposição à outra garantia constitucionalmente prevista, não pode tornar letra morta este preceito que goza de maior peso e relevância.

CONCLUSÃO

Como se observa, a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo decorreu da necessidade de se tutelar os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos, tais como a intimidade, a privacidade, a imagem, a inviolabilidade do domicílio, das comunicações e dados, a integridade física e moral, freando os atos arbitrários praticados pelo Estado e limitando o *jus puniendi*, isto porque, em um Estado de Direito não se justifica que a verdade real seja obtida mediante violação desses bens jurídicos fundamentais.

Visando assegurar esses direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988, acolhendo o entendimento pacificado pela jurisprudência dos Tribunais pátrios, refutou sem qualquer exceção, a admissibilidade das provas obtidas ilicitamente no processo, trazendo esta garantia fundamental e cláusula pétrea expressa em seu artigo 5º, LVI.

Entretanto, o legislador constituinte não definiu prova ilícita, nem estabeleceu seu regramento legal, tarefa cumprida pelo legislador ordinário ao alterar a redação do artigo 157, do Código de Processo Penal por meio da Lei nº. 11.690/2008. O mencionado dispositivo legal definiu prova ilícita e a regulamentou, estendendo essa proibição à prova ilícita por derivação, conceituando-a e trazendo exceções, como a teoria da fonte independente e do descobrimento inevitável.

Por meio desta alteração legislativa, a garantia da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente no processo foi mitigada, surgindo na doutrina e na jurisprudência mecanismos de aproveitamento de tais provas, como teoria da fonte independente, do descobrimento inevitável, da limitação da contaminação expurgada, da limitação da boa-fé, do encontro fortuito de provas, da teoria da exclusão da ilicitude e da prova ilícita *pro reo*.

Além destes mecanismos, a doutrina e a jurisprudência, excepcionalmente, vêm admitindo o aproveitamento das provas colhidas a partir de violações às norma de direito material e aos princípios constitucionais penais no processo à luz do princípio da proporcionalidade.

O referido princípio, que está implícito do ordenamento jurídico brasileiro, vem sendo aplicado a fim de autorizar a utilização das provas ilícitas no processo, quando estas beneficiarem o acusado, sob o argumento de que o mesmo não pode ter sua liberdade cerceada por ter sido a prova de sua inocência obtida a partir de meios ilícitos. Portanto, aplicando os subprincípios da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a garantia do direito à liberdade prevalecerá em detrimento da garantia da inadmissibilidade da prova ilícita.

A celeuma reside na possibilidade de admitir no processo provas colhidas ilicitamente, quando estas servem à acusação, sendo favoráveis à sociedade e contrárias ao réu.

O direito penal é eminentemente garantista, contudo, não se restringe apenas ao garantismo negativo, representado pela proteção dos cidadãos contra as arbitrariedades praticadas pelos órgãos do poder público (proibição de excesso). Há ainda, o garantismo positivo, impondo ao Estado não somente a proteção da sociedade contra os órgãos estatais, mas também contra as ameaças e agressões provenientes de terceiros (proibição da proteção deficiente). Nessa esteira, impõe-se ao Estado não apenas a tutela dos direitos e garantias fundamentais do acusado, mas também os da coletividade.

A Constituição Federal de 1988 assegura direitos e interesses variados, havendo situações em que a proteção de um direito fundamental impedirá ou tornará insuficiente a proteção de outro. É o que ocorre na questão da admissibilidade das provas ilicitamente obtidas, quando estas forem favoráveis à acusação, posto que a garantia do direito à liberdade do acusado e a segurança pública estarão em posições antagônicas.

Nesse contexto, impõe-se a aplicação do princípio da proporcionalidade e de seus três elementos parciais, objetivando verificar, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, qual garantia fundamental ostenta maior valor e relevância, devendo ser resguardada.

Assim, possuindo a segurança pública maior peso e importância, esta deverá prevalecer, sendo a prova ilícita admitida no processo, ainda que em prejuízo

do acusado. Isto porque, a inadmissibilidade dessa prova retiraria a proteção dos direitos e garantias fundamentais da coletividade, havendo manifesta infraproteção.

Partindo dessas premissas, conclui-se que a admissibilidade das provas ilicitamente obtidas em favor da sociedade é medida excepcional, ocorrendo somente quando a partir da análise do caso concreto à luz do princípio da proporcionalidade, na perspectiva da proibição da proteção deficiente, se constatar que a garantia da segurança pública ostenta maior valor e importância do que a garantia do direito à liberdade do acusado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ANTONNI, Rosmar; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2004-2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptação telefônicas e gravações clandestinas** – atualizada em face da Lei nº. 9.296/96 e da jurisprudência. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)**. In Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 29/04/2012.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- CAGLIARI, José Francisco. **Prova no processo penal**. In Justitia, v. 63. n. 195. jul./set. 2001. Disponível em: <www.justitia.com.br/artigos/299c16.pdf>. Acesso em: 08/07/2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In Panóptica. Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panotica.org>>. Acesso em: 29/04/2012.

COSTA, Andréia Elias da. **Estado de direito e ativismo judicial**. In AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (org). Estado de direito e ativismo judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. **Sobre o princípio republicano**. In Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 43, n. 50, p. 153-171, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.ite.edu.br/ripe_arquivos/ripe50.pdf>. Acesso em: 29 abril 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Estado de direito e direitos fundamentais**. In ALMEIDA FILHO, Agassiz de; CRUZ, Danielle da Rocha (org). ESTADO de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porta Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Da teoria à crítica: princípio da proporcionalidade – uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas**. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1994-1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIQUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Provas - Lei 11.690, de 09.06.2008**. In MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (org). As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao direito processual penal constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**, vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MACHADO, Martha de Toledo. **Proibição de excesso e proteção insuficiente no direito penal: as hipóteses de crimes sexuais a criança**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2008.

MACHIAVELLI, Niccolò; NAPOLEÃO I. **O príncipe**: com as notas da Napoleão Bonaparte. 3. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (Curso de processo civil; v.1).

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. vol. 2. 2 ed. Campinas: Millennium, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 2008.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006 (Coleção temas jurídicos; 3).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A Constituição e as provas ilicitamente obtidas**. In Revista Forense. v. 1. v. 337. Rio de Janeiro: Forense, jan., fev. e março de 1994.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

PACHECO, Denilson Feitosa. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5ª ed. rev. e atual. com Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. In Revista da AJURIS / Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. v. 32. n. 98. Porto Alegre: AJURIS, junho de 2005.

SILVA, César Dário Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. rev. e atual até emenda constitucional n. 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. In Revista da AJURIS / Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. v. 32. n. 97. Porto Alegre: AJURIS, março de 2005.