

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AS PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Thomas Mio Salla

Presidente Prudente/SP

2007

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

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**AS PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Thomas Mio Salla

Monografia apresentada como requisito parcial de  
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof.  
Cláudio José Palma Sanchez.

Presidente Prudente/SP

2007

# **AS PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

**Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
como requisito parcial para obtenção do  
Grau de Bacharel em Direito.**

Cláudio José Palma Sanchez

Eduardo Gesse

Braz Dorival Costa

Presidente Prudente, 20 de novembro de 2007

**Para Dalva e José,  
mãe e pai  
extraordinários,  
pelo infinito  
carinho e  
dedicação.**

***“Somente haverá acesso à justiça, se o magistrado levar em conta a teoria dos princípios e a argumentação jurídica, construindo, assim, as bases de um devido processo proporcional”.***

**HADDAD**

## AGRADECIMENTOS

### Agradeço

a Deus, por tudo;

ao meu insigne Orientador, pelas brilhantes lições e pela atenção constante na orientação deste trabalho. E hoje, fico satisfeito em poder dizer que o mesmo, representa um grande amigo que conheci em minha jornada acadêmica;

ao Excelentíssimo Doutor Braz Dorival Costa, profissional de elevado saber jurídico e, acima de tudo, grande figura humana, cuja inestimável colaboração tornou possível a realização deste trabalho;

ao Mestre, Eduardo Gesse, expoente em sua respectiva área profissional que, solícito, prontamente aceitou o convite que lhe fiz para que integrasse a Banca Examinadora da presente monografia, o que foi motivo de grande orgulho para mim;

ao meu insubstituível Irmão, pela confiança, apoio e ajuda sempre presente, que foram essenciais para a concretização desta obra;

à minha doce Amada, amor e estímulo de todos os momentos, por ser meu eterno asilo de felicidade e minha inesgotável fonte de alegria e bem-estar;

aos meus Amigos por sempre estarem presentes em minha vida e pela grandiosa contribuição concedida ao meu aperfeiçoamento moral e espiritual;

a todos mais, porventura não mencionados por lapso de memória, mas que, de um modo ou de outro, contribuíram, com diferentes formas de apoio e estímulo, para a conclusão deste trabalho.

## RESUMO

A presente monografia examina a problemática questão da prova ilícita, cujo aproveitamento será discutido sob a perspectiva da aplicação da teoria da proporcionalidade de valores fundamentais conflitantes. Faz-se mister salientar que a Constituição Federal (CF), de 1988, trouxe, expressamente, a inadmissibilidade da prova ilícita no rol dos direitos e garantias individuais. No entanto, em determinadas situações, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes e antagônicos, os quais cabe a ela tutelar. É nesse contexto, portanto, malgrado a vedação constitucional, que se pretende esboçar a importância do estudo acerca do princípio da proporcionalidade, que figura, dentro do ordenamento jurídico, como uma indispensável norma constitucional, indicando, no plano abstrato, quais bens, sob quais formas de agressão e em que medida, merecem ser protegidos no caso concreto. A pesquisa será desenvolvida em quatro etapas. Na primeira delas, adentrar-se-á na análise específica do princípio da proporcionalidade, na qual será destacado o seu caráter constitucional, e comprovar-se-á que se trata de um importante preceito interpretativo a serviço da concretização da Constituição. Posteriormente, será estudada a prova no Processo Penal: sua finalidade, seu objeto, os meios admitidos no ordenamento, enfim, os sistemas de avaliação e as diretrizes norteadoras da produção probatória, destacando-se, aqui, a apreciação do livre convencimento motivado. Visto isto, discutir-se-á, em seguida, a questão atinente ao instituto da prova proibida, abordando-se, para tanto, de modo sintético, os diversos ensinamentos apresentados pela literatura processual penal brasileira quanto às possibilidades de utilização do princípio da proporcionalidade como critério para relativizar a proibição constitucional da prova ilícita, prevista no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, seja na modalidade *pro reo* (a favor do réu) seja na controversa aplicação *pro societate* (a favor da sociedade). Na última etapa do trabalho, será analisado o alcance da vedação constitucional às provas ilícitas na jurisprudência de nossos Tribunais, com o fito de demonstrar a crescente orientação acerca do acolhimento da teoria da proporcionalidade, tanto em benefício, quanto em prejuízo do acusado. Para o desenvolvimento do assunto, observando-se os objetivos da investigação, realizar-se-á pesquisa em materiais bibliográficos; análise e comparação de doutrinas referentes ao tema e obras que tratam de assuntos correlatos; estudo da legislação pertinente e de robusto material jurisprudencial, a fim de externar os julgamentos acerca do tema proposto, qual seja, a utilização de prova proibida no Processo Penal. A aludida pesquisa nortear-se-á pelo método dedutivo de abordagem, em razão de principiar o estudo no sistema probatório brasileiro, prosseguindo-se no exame da ilicitude da prova e, ao final, perquirindo-se a possibilidade ou não de sua admissão no Processo Penal. Em vista disso, partiu-se do geral para o particular.

**Palavras-chave:** Processo penal. Teoria geral da prova. Prova ilícita. Princípio da proporcionalidade. Direitos fundamentais. Relativização dos direitos fundamentais.

## ABSTRACT

The present paper examines the problematic question of illicit evidence, whose utilization will be discussed under the perspective of the application of the principle of proportionality of conflicting fundamental values. It is necessary to stress that the Brazilian Federal Constitution of 1988 expressly determines the inadmissibility of illicit evidence in the list of individual rights and guarantees. Nevertheless, in certain situations, society, represented by the State, is placed towards two relevant and antagonistic interests, whose tutoring is their duty. Thus, notwithstanding constitutional impediment, it is in this context that I intend to delineate the importance of the study regarding the principle of proportionality – which figures within the juridical order as an indispensable constitutional rule –, theoretically suggesting which possessions, under which forms of aggression and to which extent, deserve to be protected in practice. The research will be developed in four steps. In the first one, I will enter the specific analysis of the principle of proportionality, stressing its constitutional aspect, and demonstrate that it concerns an important interpretative precept at the service of the accomplishment of the Constitution. Afterwards, I will study evidence in Criminal Procedure: its purpose, its object, the means admitted in its order, i.e., the systems of assessment and the guiding policies of the probative production, standing out the appreciation of judicial discretion founded on evidence. Subsequently, I will discuss the issue relative to the institution of inadmissible evidence and, in order to do so, I will briefly approach the diverse teachings presented by the criminal procedural Brazilian literature concerning the possibilities of using the principle of proportionality as a criterion to question the inadmissibility of illicit evidence, foreseen in article 5, LVI, of the Brazilian Federal Constitution, be it in the *pro reo* (in favor of the defendant) mode or in the controversial *pro societate* (in favor of society) application. In the latter step of this study, I will analyze the reach of constitutional impediment to illicit evidence in the jurisprudence of Brazilian courts, with the aim of demonstrating the increasing orientation regarding the welcoming of the principle of proportionality, both to the benefit and to the prejudice of the accused. In order to develop this subject in accordance with the objectives of the investigation, I will carry out search in bibliography; analysis and comparison of doctrines related to the issue and works that treat correlated subjects; and study of pertinent legislation and of solid jurisprudential material, with the aim of externalizing judgments on the proposed subject, i.e., the utilization of inadmissible evidence in Criminal Procedure. The research in question is guided by the deductive method of approach, in view of initiating the study with the Brazilian probative system, proceeding with the analysis of the inadmissibility of evidence and eventually investigating the possibility or not of its admission in Criminal Procedure. For this reason, it has been developed from general to particular.

**Keywords:** Criminal Procedure. General theory of evidence. Illicit evidence. Principle of proportionality. Fundamental rights. Questioning of fundamental rights.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</b> .....	<b>12</b>
1.1 Definição de Princípio.....	12
1.2 Distinção entre Princípio e Norma .....	20
1.3 Princípio da Proporcionalidade: Aspectos Gerais.....	27
1.4 A Constitucionalização do Princípio da Proporcionalidade.....	34
1.5 Fundamentos e Natureza.....	37
1.6 Subprincípios que Integram o Princípio da Proporcionalidade .....	41
1.6.1 Princípio da adequação.....	42
1.6.2 Princípio da necessidade .....	43
1.6.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito .....	46
1.7 Procedimento de Aplicação do Princípio da Proporcionalidade .....	48
1.8 Relação do Princípio da Proporcionalidade com outros Princípios.....	51
1.8.1 Princípio da proporcionalidade e separação de poderes .....	52
1.8.2 Princípio da proporcionalidade e segurança jurídica.....	54
1.8.3 Princípio da proporcionalidade e o princípio da isonomia .....	55
1.8.4 Princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade .....	58
1.9 Princípio da Proporcionalidade: Objeções e Contra-Objeções.....	63
<b>2 DA PROVA</b> .....	<b>65</b>
2.1 Considerações Gerais .....	65
2.2 Princípios Gerais da Prova .....	69
2.3 Meios de Prova.....	71
2.4 Procedimento Probatório .....	73
2.5 Sistemas de Avaliação de Provas .....	75
<b>3 PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE</b> .....	<b>78</b>
3.1 Definição.....	78
3.2 As Provas Ilícitas e a Constituição Federal de 1988.....	81
3.3 A Produção das Provas Ilícitas: Correntes Doutrinárias .....	84
3.3.1 Pela inadmissibilidade das provas ilícitas (teoria obstativa) .....	86
3.3.2 Pela admissibilidade das provas ilícitas (teoria permissiva) .....	92
3.4 Princípio da Proporcionalidade e as Provas Ilícitas (Teoria Intermediária).....	94
3.4.1 Princípio da proporcionalidade e a prova ilícita <i>pro reo</i> .....	100
3.4.2 Princípio da proporcionalidade e a prova ilícita <i>pro societate</i> .....	104
3.5 Prova Ilícita por Derivação.....	112
3.6 Conseqüências Processuais da Admissão da Prova Ilícita .....	120
3.7 Anteprojeto do Código de Processo Penal sobre as Provas Ilícitas .....	125
<b>4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b> .....	<b>127</b>
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	<b>137</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>141</b>

## INTRODUÇÃO

A questão da admissibilidade das provas ilícitas no processo continua causando celeumas em nossa doutrina e na própria jurisprudência, notadamente no que se refere ao confronto entre Estado de Direito *versus* Liberdades Públicas, correlatas às exigências de tutela da coletividade e da pessoa humana.

Com o advento da atual Constituição da República Federativa do Brasil, a polêmica parecia estar solidificada, diante da vedação expressa insculpida no artigo 5º, LVI, proibindo a admissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos, visto que, normalmente, são produzidas com transgressão a direitos fundamentais do cidadão.

Na verdade, o que o artigo 5º, LVI, da Lei Maior almeja é repelir a prova obtida por meios ilícitos, em consideração ao princípio do *due process of law*, que se fixa previamente em coibir os abusos e excessos do poder estatal. Impossível, portanto, a violação de uma liberdade pública, com escopo de angariar provas no processo, mormente pela situação de predominância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

Daí, os respeitáveis entendimentos que erigiram em verdadeiro dogma de fé a vedação absoluta das provas obtidas por meios ilícitos, ainda que a verdade descoberta por elas seja absolutamente relevante. Tais provas são permanentemente inquinadas pelo vício da inconstitucionalidade.

No entanto, por diversas vezes, revela-se uma aparente tensão entre os dispositivos constitucionais quando, no caso, tem-se, de um lado, a sua indispensável utilização para resguardar a inviolabilidade da pessoa, de modo a socorrê-la frente às atitudes arbitrárias do Poder Público e, de outro, a sua efetivação para o propósito derradeiro do direito, qual seja, a paz e segurança da sociedade contra as atividades ilícitas que a desestrutura e desestabiliza.

No Processo Penal Brasileiro vige o princípio da verdade real, através da qual o julgador tem a obrigação de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com verdade formal constante dos autos.

No entanto, o direito à prova, conquanto constitucionalmente assegurado, por estar inserido nas garantias da ação, da defesa e do contraditório, não é absoluto, encontrando determinados limites, ainda mais no processo penal, no qual o direito à prova se põe de forma mais clara, porque seu escopo é tutelar o direito individual à liberdade em todo seu espectro, especialmente, no que tange à liberdade de informação, comunicação e expressão.

Portanto, mesmo sendo indispensável atingir a verdade real dos fatos no âmbito do processo penal, não se deve invadir a esfera particular dos cidadãos, sacrificando liberdades e garantias asseguradas constitucionalmente. Por outro lado, jamais se olvide que nenhum direito ou garantia, mesmo com previsão constitucional, é absoluto e supremo, de modo a aniquilar outra de equivalente grau de importância.

Então, para que o sistema de tutelas esteja sempre orientado no intuito de proteger bens jurídicos – sem que isso signifique abrir mão de zelar pela liberdade individual dos cidadãos –, é necessário que a eleição de condutas a serem incriminadas siga uma ponderação de todos os interesses afetados pela referida escolha.

É nesse contexto, portanto, que se insere a importância do estudo acerca do princípio da proporcionalidade, que assume papel dentro do ordenamento jurídico como uma inafastável norma constitucional, indicadora dos balanceamentos e dos critérios de escolha a serem observados no caso concreto. Dessa forma, pode-se dizer que, onde se constatar a existência de um interesse geral, que possa ser satisfeito somente por meio de um intervento na esfera privada do indivíduo, está presente o campo de atuação do princípio da proporcionalidade.

Assim sendo, o presente estudo objetiva demonstrar que o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas não deve ser interpretado literalmente. Em outras palavras, a mesma Constituição que proíbe a produção de provas obtidas ilicitamente, protege, da mesma forma, e, no mesmo dispositivo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*), que, fortuitamente, terão que ser colocados em cotejo com a regra do artigo 5º, LVI, para que se possa saber, diante do caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade, qual bem jurídico sobreleva.

# 1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

## 1.1 Definição de Princípio

A discussão em torno do princípio da proporcionalidade requer, primeiramente, a apreciação do conceito de princípio e sua conseqüente distinção quanto às regras jurídicas. Tanto as regras como os princípios devem ser compreendidos como normas – isto é, imperativos de conduta pelos quais se estabelecem os comportamentos necessários à organização da convivência humana –, porque ambos dizem o que deve ser. A distinção entre regras e princípios é então, e na verdade, uma distinção entre dois tipos de normas.

A palavra princípio exprime a idéia de começo, onde tudo se inicia; é o substrato fundante de alguma coisa ou evento.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2004, p. 1631) define a palavra princípio como "causa primária", "origem" e, ainda, "preceito", "regra".

Para Antônio Houaiss (2001, p. 2299), princípio, além de "preceito", "regra", significa em sua forma plural "noções básicas", "regras de conduta moral" e "convicções".

No sentido jurídico, princípios são proposições normativas básicas, gerais ou setoriais, positivadas ou não, que, ressaltando os valores fundamentais do sistema jurídico, norteiam e regulam a aplicação do direito. São espécies de normas que fundamentam e sustentam o sistema jurídico legal, ou seja, são mandamentos nucleares, diretrizes, pilares de sustentação do sistema jurídico de um Estado.

Aliás, Paulo Bonavides (2001, p. 230-231), em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, recorre aos estudos feitos por Ricardo Guastini, fazendo menção à existência de seis distintos conceitos de princípio, embora todos se encontrem totalmente adstritos às disposições normativas (conceito jurídico):

Em primeiro lugar, o vocábulo 'princípio' se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade. Em segundo lugar, os juristas usam o vocábulo 'princípio' para referir-se a normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação e que por isso requerem concretização

por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos. Em terceiro lugar, os juristas empregam a palavra 'princípio' para referir-se a normas (ou disposições normativas) de caráter 'programático'. Em quarto lugar, o uso que os juristas às vezes fazem do termo 'princípio' é para referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada. Em quinto lugar, 'os juristas usam o vocábulo princípio para designar normas (ou disposições normativas) que desempenham uma função 'importante' e 'fundamental' no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações). Em sexto lugar, finalmente, os juristas se valem da expressão 'princípio' para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.

Como se denota, em todas as hipóteses trazidas por Guastini acerca da conceituação de princípios, há sempre nítido o seu caráter normativo, ou seja, os princípios encontram-se inseridos no "mundo do dever-ser" e são espécies de norma jurídica, quer pela sua função orientadora na aplicação de outras espécies de normas (regras), quer pela sua influência sobre a exegese de princípios de caráter inferior.

Assim, os princípios são normas jurídicas. Embora o seu reconhecimento como tais tenha sofrido vários questionamentos no decorrer da evolução da história da hermenêutica, hoje, é inegável seu valor com espécie de norma jurídica.

Na esteira dessas lições, Paulo Bonavides dividiu a evolução do conceito de princípio em três momentos distintos: jusnaturalismo, positivismo e pós-positivismo. Em seu sentido clássico, de influência jusnaturalista, os princípios seriam normas superiores ao próprio ordenamento jurídico, de natureza universal e necessária, intrínsecos à natureza humana, sendo informados por elementos racionais, de consciência e pela interação do homem com o ambiente e cuja execução independe do poder de coerção próprio da criação legislativa.

Assim, a normatividade dos princípios durante a época do Direito Natural era praticamente inexistente, sendo, na verdade, tratados como "axiomas jurídicos", norteadores na aplicação das regras particulares. Porém, não se negava sua juridicidade, que era conhecida e admitida, constituindo parte integrante do Direito; no entanto, a sua aplicação prescindia de natureza normativa (normatividade).

Em resumo, os princípios influenciavam o Direito, mas não tinham propriedade de norma, servindo como simples instrumentos de interpretação.

Já para os positivistas, com respaldo na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, os princípios, em sua essência, são proposições basilares, autênticos alicerces do sistema jurídico, sendo empregados utilmente para limitar e gerenciar sua aplicação.

Contudo, o *status* normativo ainda não era reconhecido, haja vista que, não eram valores que se sobrepunham à lei, mas apenas fonte normativa supletiva. Na verdade, eram tidos como verdadeiras “válvulas de escape” do sistema, pois inadmitia-se, na época, uma lei obscura, lacunosa; o papel de integração dos “espaços em branco” era a principal função dos princípios.

A despeito de não se conferir normatividade aos princípios, no sistema positivista, os princípios permitiam ao julgador, caso se defrontasse com uma lacuna legal, aplicá-los como forma de manter a integridade e inteireza do ordenamento.

Essa função integrativa pode ser facilmente vislumbrada em nosso sistema jurídico pátrio, consoante dispõe os artigos 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, 125 do Código de Processo Civil e 3º do Código de Processo Penal.

Assim, à época, as normas não se distinguiam das regras de conduta que veiculavam, sendo os princípios empregados, em sua origem, apenas como instrumentos de interpretação e integração daquelas.

No entanto, nos dias atuais, estamos diante de um período pós-positivista, em que os princípios assumem *status* de norma, encontrando-se em posição hierárquica superior às regras jurídicas, constituindo parte integrante do direito, e não meros complementos das regras. Somente com os pós-positivistas, os princípios ganharam a “certeza” de sua natureza jurídica, sendo entendidos como normas jurídicas vinculante, dotadas de efetiva juridicidade.

Deixou-se de lado o caráter meramente integratório dos princípios, de maneira que precisam e devem ser vistos como formas de expressão da própria norma, superior às regras, devendo-se buscar neles a sua validade e eficácia, constituindo-os, ao mesmo tempo, instrumentos de proteção jurídica e de respeito ao cidadão.

A partir de então, os princípios são tratados como parte integrante do Direito Positivo, assumindo o caráter de normas, subsidiando o trabalho de interpretação e de aplicação do Direito e que, ao lado dos preceitos (regras), constituem a base do sistema normativo.

Bonavides (2001, p. 246), ao analisar os aspectos interpretativos e integrativos dos princípios, entende que eles estão inseridos na esfera do Direito Positivo no mais alto grau constitucional. E, estando nesta esfera do sistema jurídico, os princípios ostentam uma amplitude conceitual que abarcaria a dimensão fundamentadora, interpretativa e de aplicação direta das diretrizes, das normas constitucionais e do seu núcleo e fundamento essencial, sendo, portanto, o elemento propulsivo das Constituições na era pós-positivista.

A doutrina de modo pacífico tem reconhecido nos princípios de direito o caráter normativo.

Na lição de Jorge Miranda (1998, p. 198):

[...] os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles - numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições.

Conforme asseverou Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 545) em lição precisa:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Paulo Bonavides (2001, p. 228-230), no mesmo sentido, acentua que:

Faz-se mister assinalar que se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico.

“Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subseqüentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”. É o conceito de José Cretella Júnior (1986).

José Afonso da Silva (1996, p. 94) denota que os princípios são verdadeiras ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, ou, são "núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais". Destarte, os princípios, que constituem o alicerce das normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e representando preceitos básicos da organização constitucional.

No mesmo sentido, tratando dos dias atuais, o ensinamento de Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 60):

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas.

Miguel Reale (1998, p. 305) arremata, dizendo que:

os princípios são 'verdades fundantes' de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da práxis.

Os princípios, além de serem a base de todo o sistema normativo, conferem a necessária racionalidade sistêmica e integralidade do ordenamento jurídico, e, tendo sua origem no próprio ordenamento jurídico, podem ser explícitos ou implícitos:

- a) explícitos: são aqueles que encontram previsão expressa no direito positivo, conhecidos pelo intérprete apenas pelo ato de ler o texto legal. Exemplos: Princípio da Isonomia, Princípio da Legalidade, Princípio da Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional, Princípio do Devido Processo Legal, Princípio da Inadmissibilidade das Provas Obtidas por Meios Ilícitos (art. 5º, *caput*, I, XXXV, LIV, e LVI, da CF).
- b) implícitos: são aqueles que, apesar de não terem sido expressamente previstos, defluem do sistema e apresentam-se implicitamente dentro do texto normativo. São aqueles que não exprimem ou não refletem em texto de lei, mas podem ser descobertos implicitamente no conjunto normativo. Exemplos: Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, Princípio da Proporcionalidade.

No entanto, aqueles princípios, não fixados em um dispositivo legal, mas conhecidos por um processo de indução (por isso, são conhecidos, também, por princípios positivados por indução), exercem implacável influência e detêm inescusável importância para o aplicador do Direito.

Destarte, os princípios constituem a base do ordenamento jurídico, pois, dão unidade, coerência, equilíbrio, sustentação, bem como concatenam todo o conglomerado de normas existentes no Estado.

Esse entendimento é trazido nas lições de Roque Antônio Carrazza (2000, p. 31), ao dizer que “um princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito” e, por essa razão, “vincula de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.

Muitos ainda crêem que os princípios são normas que somente indicam direções a serem adotadas pelos estudiosos e operadores do Direito em geral. Todavia, esse não é o melhor entendimento. Na verdade, por serem mais abstratos que outras normas ou por possuírem um elevado grau de indeterminação, os princípios são regras legais por excelência e que se encontram no topo da pirâmide jurídica, localizando-se em elevada posição hierárquica nas fontes do Direito.

Dentro de um sistema constitucional, democrático e garantista, como o brasileiro, os princípios devem ser necessariamente observados pelo juiz quando da prolação de uma decisão, funcionando como normas de estrutura orientadoras da conduta do julgador e garantidoras dos direitos materiais das partes envolvidas. A existência ou a positividade dos princípios dentro ordenamento jurídico desempenha, portanto, papel importante na aplicação do direito.

Assim, os princípios jurídicos não podem ser mais são vistos como meros enunciados vazios, privados de aplicabilidade concreta. Longe disso, são prescrições normativas aplicáveis sem delonga à resolução de determinado conflito social. Impõe dever (ao legislador, ao juiz etc.), são coercitivos e possuem intrínseco valor de Justiça.

Obedecem-se aos princípios porque eles determinam que sejam cumpridos. Dessa forma, desatina, pois, toda e qualquer interpretação contrária à inteira validade e eficácia dos princípios. Nula será qualquer interpretação realizada desconsiderando o enunciado de um princípio. É que ele, como expoente máximo de qualquer ordenamento jurídico vigente, vai sempre exercer influência no conteúdo e alcance de todas as normas.

Inclusive, para Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p. 546), a violação de um princípio jurídico é muito mais grave que a transgressão de uma norma qualquer, uma vez que agride a todo o sistema normativo:

A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

Em resumo, os princípios são sustentáculos do sistema jurídico, sendo normas jurídicas fundamentais, com poder de aplicação direta, e impositivas, servindo, não somente como esteio estruturante e organizador das leis, mas como normas de eficácia vinculante para a proteção e garantia dos direitos fundamentais. Além disso, são reconhecidos pela sua superioridade, hegemonia e supremacia (não

somente formal, mas, sobretudo, material) sobre as demais regras do ordenamento e sendo considerados normas supremas ou normas das normas.

Ressaltado o conceito e a importância dos princípios dentro do sistema jurídico estatal, convém, por fim, delinear algumas características básicas dos princípios:

- a) normatividade – os princípios possuem a qualidade de normas de direito, dotados de efetiva e complexa juridicidade, além de força preceptiva.
- b) generalidade – os princípios albergam vasta gama de situações jurídicas, não apontando, com especificidade e minúcia, hipóteses claras e definidas de regulações jurídicas. Cada princípio abrange um número vasto de fatos concretos, conforme o seu grau de abstração, isto é, uma disposição é tanto mais genérica quanto maior é o potencial número de circunstâncias concretas às quais pode ser aplicada.
- c) fundamentabilidade – os princípios são normas com papel fundamental no ordenamento jurídico, em virtude de sua posição hierárquica no sistema das fontes. Pode-se dizer que uma norma é considerada fundamental para determinado sistema normativo quando se verifica que, na sua ausência, aquele sistema normativo mudaria de identidade.
- d) vinculabilidade – trata-se de característica imanente do seu caráter de norma jurídica; não são meramente teóricos, mas vinculantes com força positivante. Os princípios normatizam a atuação do Estado e dos indivíduos, instituindo verdadeiras diretrizes que irão influenciar os poderes estatais e os sujeitos de direito, não permitindo excepcionar aquilo previsto nas normas principiológicas. Por outro lado, em decorrência de seu poder vinculante, as demais regras de Direito devem conter valores (conteúdo normativo) compatíveis àqueles declarados pelo princípio vinculador, sob pena de serem tidas como inválidas.

- e) mutabilidade – os princípios não representam “axiomas jurídicos”, isto é, não se qualificam como verdades absolutas, sujeitando-se sempre a um processo de variabilidade, modificado e atualizado de acordo com o meio sóciopolítico no qual se acham implantados. Espelham o momento sócio-jurídico pelo qual passa a ordem normativa e são atualizados conforme a sociedade se modifica, por isso, deve existir uma sincronia entre os princípios jurídicos e o contexto político-social vigente em determinada sociedade.
- f) superioridade hierárquica – os princípios tratam-se, essencialmente, de normas de nível constitucional, superiores às regras de Direito, independentemente da sua estrutura ou modo como vêm postas.
- g) orientabilidade – são normas destinadas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é direcionar a seleção das disposições ou normas aplicáveis nas diversas hipóteses típicas.

Dessa forma, conhecer o significado jurídico do vocábulo “princípio” é pressuposto essencial para responder as indagações do tema proposto por este pretendo trabalho, qual seja o de investigar a natureza da norma da Proporcionalidade e a sua aplicação no que pertine às provas obtidas por meios ilícitos.

## **1.2 Distinção entre Princípio e Norma**

Outrora já discorremos, neste trabalho, estarmos diante da era pós-positivista, a qual se convencionou que as normas jurídicas compõem-se de regras e princípios. As normas são gênero; os princípios e as regras são espécies. Isto está claro.

Os princípios, ao lado das regras, como espécies do gênero norma jurídica, foram desenvolvidos na doutrina nacional, dentre outros autores, por Eros Roberto Grau. Nos dizeres do autor, “os princípios são norma jurídica, ao lado das regras – o que converte norma jurídica em gênero, do qual são espécies os princípios e as regras jurídicas” (2001, p. 109).

O complexo de normas que sustenta o sistema jurídico é, portanto, composto de princípios e regras, de forma que cada norma é uma regra ou princípio. Assim, depreende-se que, dentro do ordenamento jurídico, o que não for princípio será regra e vice e versa.

Ainda que a discussão sobre o assunto não seja recente, a concepção de princípios como espécie do gênero normas juntamente com as regras de Direito, até mesmo a distinção entre ambos, somente alcançou a força atual com as lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

São inumeráveis os critérios existentes para distinção entre essas duas espécies de normas.

Podemos apontar como primeiro elemento distintivo entre princípios e regras o atributo da “generalidade”.

Segundo Alexy (1997, p. 81), os princípios ostentam um alto grau de generalidade, enquanto as regras possuem um grau relativamente baixo, isto porque, as regras são editadas para regular uma situação jurídica determinada, enquanto os princípios possuem uma aplicação indefinida. Partindo desse conceito, Alexy apresenta, como exemplo de um princípio, a norma que garante a liberdade religiosa e, uma norma que previsse o direito de todo preso converter outros presos, teria com baixo grau de generalidade, sendo, portanto, uma regra.

Jean Boulanger (1957) apud Bonavides (2001, p. 239), considerado por este o mais insigne precursor na normatividade dos princípios, preconiza que uma regra jurídica é geral pelo fato de ser estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, mas sob certo aspecto “ela é especial na medida em que rege tão-somente atos ou fatos, ou seja, é editada contemplando uma situação jurídica determinada”.

Em contrapartida, o mesmo jurista acentua que “o princípio, ao contrário, é geral porque comporta uma série indefinida de aplicações”, ou seja, sua aplicação é ilimitada, por isso são vistos como preceitos gerais e universais (BONAVIDES, 2001, p. 240).

No mesmo sentido, Willis Santiago Guerra Filho (1997, p. 17) observa que as regras:

[...] possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou 'tipificação') de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como 'fato permitido'). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.

As regras reportam-se a fatos hipotéticos específicos, porquanto para aplicar as regras o julgador deverá analisar se a conduta descrita se coaduna com fato ocorrido, se a resposta for positiva a regra terá, então, aplicação imediata. Por sua vez, os princípios não se dirigem a qualquer fato particular, não regulam condutas específicas, e por isso a sua aplicação é realizada de maneira diversa das normas, conferindo ao intérprete uma margem de mobilidade mais abrangente e variável na sua aplicação.

Eros Grau (2001, p. 120) indica, ainda, como aspecto diferenciador entre princípios e regras, o fato de que as últimas operam a "concreção" daqueles, isto é, "as regras são aplicações dos princípios".

O mesmo autor (2001, p. 120) aduz ainda:

Daí porque a interpretação e aplicação das regras jurídicas, tanto das regras constitucionais quanto das contempladas na legislação ordinária, não podem ser empreendidas sem que se tome na devida conta os princípios – em especial quando se trate de princípios positivos do direito – sobre os quais se apóiam, isto é, aos quais conferem concreção. (grifo nosso)

Sendo assim, as regras constituem meio de aplicação dos princípios, uma vez que estes necessitam de um expediente intermediário que os vincule ao caso concreto, sendo esse expediente as regras jurídicas.

Todavia, o princípio não deixará de ser aplicado simplesmente pelo fato de inexistir regra regulando a situação particular, mormente porque os princípios

possuem uma força de tal ordem que independem de consagração específica em qualquer preceito particular e, “tamanho é essa força que, situações revolucionárias, novos princípios revolucionariamente incorporados pela ordem jurídica, importam que inúmeras regras contempladas por essa ordem seja retirada a vigência” (GRAU, 2001, p. 121).

Inexistindo norma específica, incumbirá ao magistrado um maior exercício intelectual, sendo ele o criador da regra que fundará a sentença proferida.

Outro critério distintivo, pacificado por Dworkin e aperfeiçoado por Alexy, seria a “determinação” de tais normas, pois, enquanto os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida do possível, assim como as possibilidades jurídicas e possibilidades reais, as regras somente podem ser cumpridas integralmente. Tal critério é identificado por Alexy como decisivo para distinção entre regras e princípios.

De fato, neste ponto repousa a essência da distinção entre regras e princípios, sendo que estes são normas que ordenam a concretização de determinado direito na maior medida possível, isto é, podendo ser cumpridos em graus diferentes, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas que se apresentem naquele momento em que se dá a sua aplicação efetiva, tanto que um princípio não deixará de ser cumprido ou aplicado se seu conteúdo normativo não for realizado com exatidão.

Deste modo, o mesmo princípio terá diferentes graus de aplicação na solução de situações rotineiras. Nesse sentido, o valor atribuído a determinado princípio, no caso concreto, poderá ser diverso em outro caso, podendo, inclusive, até ter sua aplicação afastada naquela situação.

Portanto, o fato de os princípios poderem ser efetuados em graus distintos fez com que Alexy os denominasse “mandados de otimização”, pois não possuem mandados definitivos, apenas *prima facie*, o que implica dizer que sofrerão uma otimização diante das possibilidades fáticas e jurídicas: jurídicas, porque a aplicação dos princípios necessita dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios, como normas de conduta, somente pode ser determinado quando diante dos fatos (1997, p. 99).

Com as regras acontece algo diverso.

As regras jurídicas – normas que preceituam ou impõem uma exigência, permitem ou proíbem um determinado comportamento –, quando válidas, podem ser cumpridas ou não. Cabe dizer, se uma regra é válida, deve ser aplicada na sua esmerada medida, nada mais nada menos, não deixando margem à graduação de aplicação.

Como corolário, as regras não possibilitam a existência de qualquer outra solução senão aquela indicada, posto que a sua validade implica o cumprimento na exata medida de suas prescrições. Já os princípios, constituindo exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses, observando o seu peso e o cotejo de outros princípios eventualmente conflitantes, além de critérios de proporcionalidade, vinculados às possibilidades fáticas e jurídicas.

Com efeito, em conseqüência, a distinção entre regras e princípios torna-se mais evidente nos casos em que as primeiras conflitam e os segundos colidem.

De fato, diante de um conflito de regras, será a contradição solucionada, seja pela introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas, haja vista que não é possível a existência de regras conflitantes, apenas uma deve ser válida e, portanto, aplicada ao caso concreto. É insustentável a validade concomitante de regras inconciliatórias.

É por isso que se diz que, enquanto os princípios suscitam problemas de validade e peso, as regras impõem somente questões de validade.

Disso decorre que, no interior do sistema normativo, é imprecisa a afirmação de que uma regra é mais importante do que outra, de modo que, no caso de conflito entre ambas, deva prevalecer a de peso maior. Se duas regras entram em conflito (antinomia jurídica própria), uma delas não é válida. Por essa razão, as regras, no universo da normatividade jurídica, são partidárias do "tudo ou nada" (*all-or-nothing*).

E, a opção entre uma e outra a ser declarada inválida, como aduz Alexy, pode ser apoiada em regras como "*lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*" (1997, p. 88).

Nos dizeres da lição de Dworkin (2002, p. 24):

Regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Se ocorrerem os fatos estipulados pela regra, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que em nada contribui para a decisão [...] Quanto às regras, por não apresentarem uma dimensão de peso, a colisão entre elas será resolvida pelo prisma da validade, operação que será direcionada pelos critérios fornecidos pelo próprio ordenamento jurídico - critério hierárquico (*lex superior derogat inferiori*), critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) e critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*). (grifo nosso)

No mesmo sentido, como bem observa Grau (2001, p. 91-92), “as regras são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada”.

Assim, as regras ou valem, e são, por isso, aplicáveis em sua totalidade, ou não valem, e, portanto, não são aplicáveis.

Por sua vez, diferentemente das regras, que possuem apenas a dimensão da validade, os princípios possuem outrossim uma outra dimensão: “a dimensão do peso ou importância” (*dimension of weight*). Assim, quando um princípio interfere em outro, a solução do conflito deve considerar o peso relativo de cada um, permitindo a identificação daquele que irá preponderar.

Isto se dá, principalmente, porque os princípios podem ser objeto de ponderação e harmonização, já que possuem apenas exigências que, *prima facie*, devem ser realizadas, não determinando, em definitivo qual a razão que deve prevalecer. Esse aspecto é verificado quando se entrecruzam vários princípios, “quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles” (GRAU, 2001, p. 95).

Para Alexy (1997, p. 89), os princípios convivem harmonicamente, o que permite a sua coexistência e que, em caso de conflito, um deles seja preponderantemente aplicado ao caso concreto, a partir da identificação de seu peso e da ponderação de outros princípios, conforme as circunstâncias em que esteja envolto. E dispõe:

Quando dois conflitos entram em colisão, não significa se deva desprezar ou tornar inválido um deles. O que ocorre é que, sob certas circunstâncias, um princípio precede ao outro, e, sob outras, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa, mas sempre tendo em vista a possibilidade de realização de ambos. Os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto os conflitos entre princípios, na dimensão do peso.

Desse modo, o intérprete, quando se deparar com uma situação específica de conflito entre princípios, deverá solucioná-lo através de um juízo de ponderação de valores e interesses. Isso deverá ser feito mediante o estabelecimento do peso, da importância de cada um dos princípios envolvidos, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sem, contudo, alijar os princípios em choque, mas, simplesmente, reconhecer que, diante daquela situação específica, um deles merece ser mais considerado (não significando que em outra situação não se possa entender de modo diverso).

Sendo que, para atingir esse desígnio, deverá o mesmo intérprete valer-se do princípio da proporcionalidade como instrumento de ponderação, pois é inerente a existência do dever de proporcionalidade diante de uma colisão, em virtude da necessidade de analisar o peso dos princípios envolvidos. Ou seja, em todo embate jurídico, seja de normas, seja de bens ou princípios, deverão ser sopesados, proporcionalmente, os valores em jogo, em busca da solução que melhor recomponha os direitos lesados ou ameaçados. Esse sopesamento é característico dos princípios.

Em conseqüência, o aplicador da lei, ao dar primazia a um princípio em prejuízo de outro, não significa sua extirpação do mundo jurídico, pois, pode acontecer que, em outra situação real, aquele mesmo princípio preterido, seja aplicável em detrimento do outro que, no primeiro momento, foi escolhido.

No entanto, para amoldar um princípio ao outro deverá existir o mínimo possível de restrição e, sempre, resguardando a essência dos direitos constitucionais envolvidos no caso em análise, sob pena da decisão tornar-se ilegítima.

Expostas as principais diferenças entre princípio e regras, cumpre transcrever o ensinamento de Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 1123), em seu

Direito Constitucional, diante da riqueza que o jurista apresenta a distinção entre ambos os conceitos:

Saber como distinguir, no âmbito do superconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa vários são os critérios sugeridos: a) grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? Do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; c) caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito); d) proximidade da idéia de direito: os princípios são *standard* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'idéia de direito' (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente formal; e) natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Não obstante as discrepâncias existentes na doutrina, o entendimento recepcionado nesta obra é fundado nos ensinamentos de Dworkin e Alexy. Para ambos, os princípios são espécies do gênero norma jurídica, assim como as regras, diferenciando-se estas daqueles pelo modo de aplicação aos casos concretos submetidos a apreciação do aplicador do direito. Assim, reafirmam que, enquanto as regras são aplicadas segundo um juízo de exclusão uma das outras, os princípios devem ser sopesados levando-se em conta as condições fáticas e normativas que se apresentem diante do caso concreto, de modo que a opção pela primeira não elimine absolutamente a aplicação do outro.

### **1.3 Princípio da Proporcionalidade: Aspectos Gerais**

Dentre os princípios que abrilhantam o novo Direito Constitucional, ganha cada vez mais relevância, inclusive na jurisprudência do Excelso Pretório, o princípio da proporcionalidade, que, atualmente, no âmbito dos direitos fundamentais, constitui um princípio ou postulado de máxima importância, talvez o

mais importante. Além disso, o princípio constitucional da proporcionalidade é um princípio universal na vigência das constituições dos Estados Democráticos.

Historicamente, o princípio da proporcionalidade, desenvolvido pelos Tribunais alemães (*Güterund Interessenabwägung* – princípio do balanceamento dos interesses e dos valores – e, de forma reflexa, *Verhältnismässigkeitsprinzip* – princípio da proporcionalidade entre o meio empregado e a finalidade pretendida) surge como técnica para controlar e limitar o poder de polícia da Administração Pública. Na época, constatou-se que, por vezes, a aplicação irrestrita e literal de um comando legal, embora seja ele plenamente válido e eficaz, poderia ensejar um efeito contrário ao próprio Estado de Direito previsto pelo sistema de determinado país. Disso, conclui-se que a norma (genérica e abstrata), incidindo em determinados casos concretos, poderia acarretar conseqüências adversas para a própria ordem estabelecida naquela nação. Então, a aplicação da norma deveria harmonizar-se com o sistema no qual ela encontra-se inserida e, destarte, cumprir com sua missão, qual seja, a outorga da devida segurança jurídica à sociedade.

O importante jurista tedesco Fritz Fleiner, já em 1930, preconizava que o poder de polícia deveria submeter-se a limites determinados dimanantes de sua própria essência, perseguindo fins legítimos e adotando as medidas necessárias para a conservação dos direitos, de tal maneira que a “limitação da liberdade individual não deva exceder jamais a medida absolutamente necessária”, porquanto “o remédio mais enérgico há de ser sempre a *ultima ratio*”, e, ainda, que “a intervenção administrativa deve ser proporcionada às circunstâncias” (FLEINER, 1933, apud BARROS, 2000).

A propósito desse tema, a Corte Constitucional Alemã, em decisão proferida em 16/03/1971, devidamente traduzida, dispôs:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.

Sendo assim, as medidas adotadas pela Administração deveriam impor limitações, desde que necessárias. Afinal, a atuação deveria estar direcionada a um objetivo e não poderia ir além do necessário e adequado à consecução dessa meta, com a menor agressão possível a direitos.

Ao longo dos anos, o princípio da proporcionalidade desenvolveu-se e expandiu-se, seguindo a linha filosófica do direito natural, lastreada na existência de uma ordem de valores imanentes à personalidade humana, que garantiria ao homem uma esfera de liberdade intangível. Na contemporaneidade, a teoria da proporcionalidade afirma-se como técnica de controle dos limites aos direitos fundamentais, concebendo-se o poder de polícia apenas para limitar direitos individuais em nome de um interesse coletivo superior. No princípio, dirigia-se ao Poder Executivo, agora, vincula-se a todos os Poderes Públicos.

Feitas essas breves considerações, adentraremos especificamente ao exame do princípio da proporcionalidade.

Preliminarmente, segundo Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 173):

[...] a palavra proporcionalidade está ligada ao 'caráter do que é proporcional', e proporcional, significa o que 'está em proporção'. Proporção denota a idéia de 'conveniência, harmonia, simetria, disposição regular, conjunto harmônico'. O termo 'proporcionalidade', portanto, faz referência à noção de proporção, adequação, medida justa e adequada à necessidade exigida pela hipótese concreta.

A designação do princípio da proporcionalidade não é uniforme, motivo pelo qual procederemos a uma breve explanação acerca de outras denominações porventura utilizadas para transmitir esta mesma noção e, em seguida, faremos uma análise de seu real conteúdo.

A doutrina alemã utiliza indistintamente as expressões "proporcionalidade" e "proibição de excesso" para designar o conjunto de subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – que compõem o princípio sob análise. É o que ensina Gilmar Ferreira Mendes (1990, p. 43), *verbis*:

No Direito Constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) ou ao princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) qualidade de norma constitucional não-escrita, derivada do estado de Direito. Cuida-se, fundamentalmente, de aferir a compatibilidade entre meios e fins, de molde a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.

O modelo americano, inspirado na *commow law*, garantiu aos juízes americanos maior desenvolvimento do direito por meio da prática jurisprudencial e influência do jusnaturalismo, que tem o Direito como ideal de justiça e limite à atuação do Estado intervencionista. Esse mesmo modelo vem permitindo refrear o arbítrio do legislador e do administrador, fazendo uso do termo “*razoabilidade*” dos atos governamentais (BARROS, 2000, p. 60).

No modelo norte-americano, o juízo de razoabilidade leva em consideração um conjunto de valores da coletividade com que os juízes indispensavelmente devem se preocupar e, na aferição da proporcionalidade da medida restritiva de direitos, há que ser ponderada uma relação de custo/benefício social. A necessidade de controlar as restrições legais, tendo em vista a defesa dos direitos fundamentais, opera-se através da cláusula do *due process of law*, na qual reconhecem a garantia implícita dada pela razoabilidade.

Nossa Corte Suprema *a priori* acolheu a denominação clássica “princípio da proporcionalidade”. No entanto, sua aplicação ainda é receosa e feita, na maioria das vezes, em conjunto com o princípio da razoabilidade, como se ambos abrangessem os mesmos preceitos. Isto, se percebe no primeiro acórdão proferido em sede de controle da constitucionalidade, que dele fez uso como argumento jurídico. Nesse sentido:

Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24, §§, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (STF, ADIN n. 855-2/PR, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, DJU 01/10/93). (grifo nosso)

Denota-se que Pretório Excelso, ainda que aludindo ao termo “proporcionalidade”, não deixou de mencionar à “razoabilidade”, restando claro a

possibilidade de utilização de ambas as expressões.

Não obstante, o importante não é o *nomem iuris* que lhe seja dado, desde que o termo seja rigorosamente entendido com o conteúdo que se propõe na presente monografia. Contudo, para efeito de consecução deste trabalho, será adotado como *nomem iuris* a expressão “princípio da proporcionalidade”.

Pela teoria ou princípio da proporcionalidade, a relação entre o meio adotado e o fim perseguido deve ser proporcional e se caracteriza quando a vantagem representada pelo alcance do fim supera o prejuízo decorrente da limitação concretamente imposta a outros interesses igualmente protegidos.

O eminente jurista português Joaquim José Gomes Canotilho (1998, p.263) menciona que este é o princípio da “justa medida”:

Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Levando-se em conta o fator primordial de que os direitos fundamentais não são ilimitados e absolutos, conjetura-se a possibilidade de conflito entre os direitos constitucionalmente declarados.

Apresentando-se uma colisão entre os valores albergados por dois ou mais princípios da ordem constitucional que, no caso concreto, ocorre quando o exercício de um direito fundamental por um titular obstaculiza, afeta ou restringe o de um outro titular, a ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo, à luz do princípio da proporcionalidade, revela-se como método indispensável na busca da mais justa solução para o conflito, determinando qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá. Em qualquer ocasião, será possível, portanto, a renúncia de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia, dada à relatividade dos direitos e garantias constitucionais.

A exigência de uma ponderação de interesses em conflito, como se demonstrará, exige do magistrado uma tarefa de concordância prática entre valores postos em jogo. Nesse esmerado procedimento, o princípio da proporcionalidade

funciona como importante parâmetro técnico, ou seja, por meio dele verifica-se se os motivos restritivos levados em consideração são adequados à realização dos direitos colidentes ou concorrentes. Afinal, o que se pretende almejar é a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, que não podem ser menosprezados a qualquer título.

Nas palavras de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo, a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de interpretação é a mais proveitosa possível, por ser um princípio apropriado para a busca de solução conciliadora em face da existência de antagonismo entre direitos fundamentais, isto é, situações concretas em que há antinomia de bens jurídicos igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico (2005, p. 218).

Esta função é ressaltada por Paulo Bonavides (2001, p. 236), *in verbis*:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.

Merece igualmente a pena, por bem elucidativa, transcrever a anotação de Nelson Nery Júnior (1999, p. 148):

[...] na interpretação de determinada norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, devem ser sopesados os interesses e direitos em jogo, de modo a dar-se a solução concreta mais justa. Assim, o desatendimento de um preceito não pode ser mais forte e nem ir além do que indica a finalidade da medida a ser tomada contra o preceito a ser sacrificado.

Nesse prisma de idéias, o princípio da proporcionalidade constitui um princípio da interpretação constitucional, uma vez que, na ponderação de bens em conflito, contribui para a orientação do hermenêuta na procura da solução dos casos concretos que lhe são submetidos.

Desse raciocínio, compreende-se que a ponderação, ou o sopesamento, entre o interesse sacrificado pela medida estatal e o interesse público

adotado pela mesma, realizado no bojo do princípio da proporcionalidade, deve levar em consideração os objetivos destacados no Texto Constitucional, de forma que a busca de uma finalidade e interesse público seja maior do que o prejuízo decorrente dessa limitação.

Fernando Capez (2000, p. 34), ao discorrer sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, dispõe que “no caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social”.

No entanto, há que se ter cautela com a expressão “interesse público”, haja vista que tem sido empregada para acobertar desrespeito aos direitos fundamentais privados. O interesse coletivo é justificado pelos princípios fundamentais expressos no artigo 1º da Constituição. Não existindo relação com esses princípios, não há interesse social.

Por outro lado, a lei apenas pode limitar direitos, liberdades e garantias nos casos previamente indicados na Constituição, devendo as restrições resumir-se ao imprescindível para a defesa de outros direitos e/ou interesses igualmente protegidos.

Para Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 53-54), “o exercício do poder é limitado, só sendo justificadas restrições a direitos individuais, em face da Constituição, por razões de necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido”.

Nesse diapasão, é possível ressaltar duas funções distintas desempenhadas pelo referido princípio no sistema normativo: uma positiva (resguardo), assegurando interesses constitucionalmente consagrados; e uma negativa (bloqueio), ou de proteção, do indivíduo contra medidas estatais arbitrárias.

Em ambas as funções, o princípio da proporcionalidade exerce a missão de constituir “um juízo de adequação, necessidade e conformidade entre o interesse público que suporta uma determinada medida estatal, limitadora do alcance ou do exercício de um bem juridicamente protegido, e o peso que este bem jurídico assume no caso concreto” (PONTES, 2000, p. 57).

Em suma, infere-se que o princípio da proporcionalidade, de um lado, cumpre o importante papel na resolução de conflitos de direitos fundamentais

através de juízos comparativos de ponderação dos valores implicados no caso concreto e, de outro, configura mecanismo de proteção dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Poder Público impõe a esses direitos.

Vale citar trecho do magistério de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 223):

O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais [...] Com base no princípio da unidade da Constituição, segundo o qual normas constitucionais não devem ser interpretadas em contradição umas com as outras, e com fulcro na regra de que os direitos fundamentais estão no mesmo plano, inexistindo graus distintos de hierarquia entre normas de direitos fundamentais, chega-se a necessidade de projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais.

No tocante a aplicabilidade da teoria da proporcionalidade no tema a ser desenvolvido e analisado, é interessante mencionar que o seu contexto explicativo se valerá da elucidação do problema proposto, tendo como objeto específico e restrito, o das provas obtidas por meios ilícitos em matéria criminal.

#### **1.4 A Constitucionalização do Princípio da Proporcionalidade**

Constata-se que a maioria das constituições dos Estados Democráticos de Direito não fazem referência expressa ao princípio. Contudo, a fundamentação constitucional deste é *conditio sine qua non* para a justificação de sua aplicação e resultados.

O princípio da proporcionalidade localiza-se na estrutura normativa da Constituição, ao lado dos demais princípios gerais norteadores da interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais.

O princípio em tela mostra-se como uma das idéias fundamentais da

Constituição, com função de complementaridade em relação ao princípio da reserva legal (art. 5º, II). Esta afirmação deve-se ao fato de que a ação do Poder Público deve pautar-se pela obediência à lei, e que esta deve ter como parâmetro a proporcionalidade, pois o legislador está intrinsecamente vinculado a determinados limites no momento de elaboração das normas, sobretudo quando estas tendem a reduzir a esfera de algum direito fundamental. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade, em consonância com o princípio da legalidade, apresenta dentre uma de suas características complementares o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), aplicando-se a qualquer ato praticado pelo poder público que seja considerado, por aquele a quem prejudica, como desproporcional ao objetivo colimado.

O princípio da proporcionalidade será visto em um sentido mais estrito, como princípio de garantia do indivíduo contra certos abusos no exercício do poder.

Conectam-se, outrossim, ao princípio em testilha, regendo sua aplicação, o princípio da cidadania (art. 1º, II) e o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Os direitos e garantias fundamentais que dele derivam (art. 5º) constituem formas para o particular se proteger toda vez que sofrer ou se achar na iminência de sofrer lesão de algum direito por abuso de poder ou ilegalidade praticados por agentes públicos. Em decorrência, os institutos do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), mandado de segurança (art. 5º, LXIX), *habeas data* (art. 5º, LXII), assim como o direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”), constituem instrumentos de defesa do cidadão contra abusos estatais.

Por outro lado, o princípio da proporcionalidade acha-se estreitamente associado ao princípio da isonomia, pois este traduz a idéia de “igualdade proporcional”. Aliás, a Constituição, ao garantir que todos os cidadãos serão tratados de forma eqüitativa, preconizou, além desta igualdade formal, tratamento diferenciado e adequação da lei às necessidades e peculiaridades de cada um. Destarte, o princípio da proporcionalidade tem função fundamental na consecução de um dos principais objetivos do Estado brasileiro, qual seja, “reduzir as desigualdades sociais e regionais”, consoante disposto no artigo 3º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O princípio da proporcionalidade encontra-se materializado em várias normas de nossa Constituição, como, por exemplo, no inciso V do artigo 5º, que

constitucionaliza o direito de resposta proporcional ao agravo; também, no âmbito penal, ao garantir a individualização das penas (art. 5º, XLVI, *caput*), está implicitamente garantido que estas serão proporcionais ao delito cometido; bem como quando dispõe nos incisos IV e V do artigo 7º, que o valor do salário mínimo deve ser conciliável com um poder aquisitivo apropriado e que o piso salarial deve ser proporcional à espécie de trabalho realizado.

Depois de abordar alguns exemplos de elaboração de normas que com maior clareza mostraram a presença do princípio em estudo na Constituição de 1988, cumpre lembrar que, no Brasil, a previsão constitucional do princípio em tela é implícita, tendo em vista não constar expressamente em nossa Magna Carta. De acordo com Paulo Bonavides (2001, p. 395), no Brasil, “a proporcionalidade existe como norma esparsa no texto constitucional, e não como norma geral de direito escrito”.

Do mesmo modo, sustenta Barroso (1996, p. 160-175) que ele integra o direito constitucional brasileiro. Segundo o autor ele pode ser aplicado pelo intérprete da Constituição, “integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito (doutrina alemã)” ou, ainda, poderá ser extraído da cláusula do *due process of law* (art. 5º, LIV), em razão do caráter substantivo que se deva emprestar à cláusula (corrente norte-americana).

Ocorre que, sem qualquer dúvida, a sua utilização resta consagrada em nosso ordenamento jurídico como sendo um princípio geral de direito, e, ao mesmo tempo, um princípio pleno ou genérico, porque vincula todos os agentes públicos.

Neste trabalho, abraçaremos a tese de Paulo Bonavides (2001, p. 397), para quem:

O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda a sua extensão e profundidade o § 2º, do artigo 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias fundamentais 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 disso, a doutrina busca consolidá-lo como instrumento utilíssimo a serviço da efetividade dos direitos fundamentais e de caracterização de um novo Estado de Direito, erigindo, assim, a proporcionalidade a um princípio constitucional.

### 1.5 Fundamentos e Natureza

Inúmeras são as discussões quanto ao fundamento do princípio da proporcionalidade, uma vez que a doutrina ainda não adentrou em um consenso. Contudo, com o fito de melhor esclarecer o tema, faz-se necessário uma análise das hipóteses mais prováveis.

- a) Princípio do Estado de Direito: É possível, em primeiro lugar, extrair o princípio da proporcionalidade da fórmula “Estado Democrático de Direito” expressa no *caput* do artigo 1º da Constituição Federal. Do reconhecimento dos direitos fundamentais decursivo desta acepção do Estado, é possível inferir que estes podem ser limitados pelo Poder Público apenas quando indispensáveis para a tutela dos interesses públicos. De acordo com esta concepção, o princípio da proporcionalidade comporta um juízo de ponderação entre os interesses individuais dos cidadãos e os interesses da coletividade, a ser efetuado a partir de uma hierarquia de valores que o juiz deve respeitar.

A compreensão do princípio da proporcionalidade a partir do Estado Democrático de Direito é o entendimento prevalecente, por exemplo, da doutrina e jurisprudência alemã. De fato, o Tribunal Constitucional Alemão extrai a proporcionalidade do princípio do Estado de Direito, notadamente pelo fato de que no Estado de Direito está presente a idéia de justiça, sendo a proporcionalidade um meio de concretização da aludida justiça.

De acordo com Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 196):

[...] o fundamento do princípio da proporcionalidade encontra-se centrado no Estado de Direito regrado pelo princípio da constitucionalidade, pela supremacia da Constituição, o qual além de tutelar a liberdade dos

cidadãos, assume o compromisso de corresponder à realidade social mediante a concretização de objetivos plasmados no Texto Fundamental.

No mesmo sentido, Canotilho (1998, p. 259) concebe o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso com um subprincípio concretizador ou densificador do princípio do Estado de Direito.

b) Direitos Fundamentais: Outro fundamento conferido à proporcionalidade são os direitos fundamentais, tanto que o Tribunal Constitucional Alemão, em determinado momento, entendeu que a proporcionalidade "fundamenta-se no conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que não pode ser afetado" (STEINMETZ, 2001, p. 161).

Para Suzana de Toledo Barros (2000, p. 157), o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais implica, por si só, a proporcionalidade em sentido amplo ou a existência de seus elementos ou subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Não é estranho, portanto, que se pretenda derivar o princípio da proporcionalidade da própria essência dos direitos fundamentais.

E arremata (2000, p. 157-158):

Quando se tem um ou mais direitos fundamentais em jogo na solução de um caso concreto, devem eles sofrer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar. Essa relativização da aplicação de uma norma de direito fundamental traz ínsita a existência de várias possibilidades jurídicas de realização dos direitos fundamentais. Ora, o equacionamento de um conflito entre princípios é regido pela proporcionalidade em sentido estrito, daí que este elemento do cânone da proporcionalidade é um consectário lógico da natureza de princípio da norma de direito fundamental.

Da mesma opinião é também Konrad Hesse (1983) apud Barros (2000, p. 93), ao dizer que "o princípio da proporcionalidade, traduzido na exigência de que toda intervenção estatal se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, tem assento no contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção".

Contudo, fundamentar o princípio da proporcionalidade na noção de conteúdo essencial dos direitos fundamentais não é uma das tarefas mais singelas, sendo bom ressaltar que, de acordo com Paulo Bonavides (2001, p. 365), "embora inicialmente o TCF alemão tenha por vezes fundamentado o princípio da proporcionalidade na intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, atualmente há uma preferência pelo princípio do Estado de Direito".

- c) Cláusula do *due process of law*: A doutrina constitucional brasileira é deveras tendenciosa em justificar a proporcionalidade no princípio do *due process of law*, consubstanciado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, o qual dispõe: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Nesse sentido, preleciona Raquel Denize Stumm (1995, p. 173) que "a fundamentação do princípio da proporcionalidade, na ordem jurídica brasileira, é realizada pelo princípio constitucional do devido processo legal, que tem sua razão de ser no Estado de Direito".

- d) Princípio da Dignidade Humana: Pode-se, igualmente, constatar o princípio em exame a partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF). A teoria da proporcionalidade tem como finalidade salvaguardar a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos individuais a ele inerentes. Assim, ao reconhecer a pessoa humana como o cerne em torno do qual a legislação estatal há de ser direcionada, a Constituição impõe ao legislador, bem como ao aplicador da lei, o dever de considerar toda e qualquer intromissão que aponte para limites de direitos e garantias amparados constitucionalmente a todas as pessoas. Logo, a violação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, resulta na aplicação do princípio da proporcionalidade.

Na literatura constitucional brasileira, Guerra Filho (1999, p. 48) acolhe a tese da identidade do princípio da proporcionalidade com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Hodiernamente, na Alemanha a preferência doutrinária e jurisprudencial repousa sobre o Princípio do Estado de Direito; por sua vez, no Brasil, a tendência atual, é de consolidar a proporcionalidade no princípio do devido processo legal. Na realidade, a doutrina constitucional brasileira apresenta um leque de fundamentos para a proporcionalidade, não existindo nada que proíba esta variedade de fundamentações.

Comentando o assunto, Paulo Bonavides (2001, p. 323) esclarece que o problema da “sede *materiae*” do princípio da proporcionalidade ficou sujeito a oscilações:

[...] primeiro, buscou-se deriva-lo da garantia da intangibilidade conferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; a seguir, inclinaram-se os arestos do Tribunal Constitucional [alemão] para uma fundamentação ora a partir dos direitos fundamentais, ora a partir do estado de Direito, prevalecendo, após alguma vacilação, o parecer de último dominante e, por sem dúvida mais correto, segundo o qual é mesmo no Estado de Direito que o princípio da proporcionalidade melhor se aloja e pode receber sua mais plausível e fundamental legitimação.

Conclui-se que, a idéia do Estado de Direito melhor confere força ao princípio da proporcionalidade.

No concernente a natureza jurídica da proporcionalidade há duas posições concorrentes: uma atribui caráter material ao princípio da proporcionalidade; a outra, formal.

A tese da natureza material sustenta que o princípio da proporcionalidade contém ou aduz pontos de vista materiais ou substanciais. Não é um princípio neutro, vazio de conteúdo, porque é constituído de conteúdo determinado, expressa um conteúdo valorativo. Visa proteger os interesses individuais. Ao mesmo tempo em que manda ponderar, indica critérios materiais a serem considerados, solucionando conflito de direitos, bens ou interesses. Assim, o princípio da proporcionalidade assumiria diferentes conteúdos materiais segundo os diferentes casos em que é aplicado (STEINMETZ, 2001, p. 155).

Todavia, o entendimento majoritário é que a proporcionalidade ostenta um aspecto formal, visto que não é um critério material ou substantivo de decisão, é, somente, um procedimento que conduz á uma solução do caso concreto.

Robert Alexy (1997, p. 525), analisando o assunto, notou com percuciência que "el procedimiento de ponderación es racional pero, no es un procedimiento que en cada caso conduzca a exactamente una única solución".

Em igual sentido disse Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 169-170):

[...] o dever de proporcionalidade também não é um princípio ou critério matéria [...] O dever de proporcionalidade, então, estabelece uma estrutura formal de aplicação dos princípios envolvidos: o meio escolhido deve ser adequado, necessário e não excessivo. Sobre a medida de excesso considerada inválida o dever de proporcionalidade nada diz. Só a análise diante do caso concreto e diante da relevância que o ordenamento jurídico atribui a determinados bens jurídicos (p.ex. vida, dignidade, liberdade, propriedade) pode revelar o excesso da medida. A aplicação concreta só se completa com um conteúdo, até porque os fins só podem ser estabelecidos em contato com normas substanciais. O que importa, entretanto, é que não é o dever de proporcionalidade em si que estabelece a medida substancial da excessividade, mas sua aplicação conjunta com outros princípios materiais. Vale dizer: o dever de proporcionalidade, ao contrário do que pretende Larenz, seria um princípio ou critério formal, como bem assinalou Kaufmann.

Não há, entretanto, posição pacífica acerca da natureza jurídica da proporcionalidade, embora, a tese que afirma que a proporcionalidade possui caráter formal apresente melhores argumentos.

## **1.6 Subprincípios que Integram o Princípio da Proporcionalidade**

Primeiramente, faz-se necessário, para uma adequada compreensão do princípio da proporcionalidade, a identificação e a análise de seus elementos estruturais, também denominados de princípios parciais, ou de subprincípios. A referida divisão do princípio da proporcionalidade em subprincípios deriva da jurisprudência e doutrina alemã.

São três os subprincípios que governam o conteúdo do princípio da proporcionalidade: princípio da adequação (*Grundsatz der Geeignetheit*), princípio da necessidade (*Grundsatz der Erforderlichkeit*) e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engerem Sinne*), os quais, em

conjunto, dão-lhe a força imprescindível para se atingir à funcionalidade pretendida pelos operadores do direito.

Antes da análise desses princípios parciais, convém externar que o princípio da proporcionalidade, em caso de mitigação de direitos fundamentais, compreende uma relação meio-fim, na qual o fim é o próprio escopo perseguido pela limitação, e o meio é o decreto normativo limitador que se destina a tornar viável o alcance do fim colimado. Em outras palavras, o princípio impõe que a relação que se almeja alcançar e o meio utilizado sejam adequados, necessários e proporcionais.

Afora os três requisitos intrínsecos, pode-se elencar ainda, como pressupostos do princípio da proporcionalidade, a legalidade, pela qual a minimização de um direito individual não poderia advir sem lei prévia, criada por órgão constitucionalmente competente, e a justificação teleológica, segundo a qual a limitação a direito individual apenas se dá, quando visar à efetivação de valores constitucionalmente relevantes, e, por fim, como requisitos extrínsecos para sua aplicação, a verificação da judicialidade e da motivação, ou seja, da necessidade de que as medidas restritivas sejam impostas por juiz, mediante decisão motivada.

### **1.6.1 Princípio da adequação**

O princípio da adequação, que também tem como sinônimos, princípio da pertinência, conformidade, validade, validade de fim, ou idoneidade, ordena que se verifique, no caso concreto, se o decreto normativo restritivo (meio) do direito fundamental tornará viável o alcance da finalidade perseguida. Em outras palavras, o meio deve ser apropriado ao fim desejado. E este será adequado quando com ele é possível alcançar o resultado pretendido.

A adequação dos meios aos fins revela uma exigência de qualquer medida restritiva que deve ser adequada à consecução do resultado pretendido, caso contrário, se não for apta para tanto, deve ser declarada sua inconstitucionalidade.

Canotilho (1998, p. 262) preconiza que “o princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adotada para realização do interesse público seja

apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim”.

Consoante a esta observação Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 149), destaca que “o juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifiquem-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental”.

Nos dizeres de Raquel Denize Stumm (1995, p. 79), trata-se, portanto, do exame de uma relação de causalidade, e uma lei somente deve ser afastada por inidônea, quando absolutamente incapaz de produzir o resultado colimado. Desta maneira, não será admitida a agressão a um direito individual se o meio empregado não se mostrar idôneo à consecução do resultado desejado. Pressupõe-se que o legislador infraconstitucional esteja constitucionalmente legitimado a impor gravames a liberdades individuais na perseguição do fim legítimo.

Nesse sentido, Scarance (2002, p. 54) aduz que em nada justificaria prender alguém preventivamente para garantir a futura aplicação da lei penal se, em virtude do crime praticado, a provável pena a ser imposta não será privativa de liberdade ou, se privativa, será suspensa. O meio, a prisão, consistente em restrição à liberdade individual, não se revelaria adequado ao fim a ser objetivado com o processo, pois dele não resultará privação de liberdade.

Portanto, para se inferir se a medida é adequada, mostra-se imperioso retorquir a seguinte pergunta: A medida a ser tomada é útil para atingir o fim perseguido?

Posteriormente, ao analisarmos os casos práticos envolvendo a aplicação do princípio da proporcionalidade na problemática das provas ilícitas, visualizaremos como se opera este elemento.

### **1.6.2 Princípio da necessidade**

Segundo Suzana de Toledo Barros (2000, p. 79), “o pressuposto do princípio da necessidade é o de que a medida restritiva seja indispensável para a

conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”.

O princípio da necessidade, também conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima, do meio mais suave, da alternativa menos gravosa, do meio mais moderado, ou da subsidiariedade, refere-se à uma medida limitadora de direitos, indispensável à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro em igual ou superior patamar de importância, isto é, relaciona-se com a busca do meio menos prejudicial para o alcance do fim propugnado pela norma em questão.

O princípio da necessidade pode ser ilustrado pela máxima: “de dois males faz-se mister escolher o menor” (PHILIPPE , 1990 apud FIGUEIREDO, 2005).

De acordo com Robert Alexy (1997, p. 114), “o fim não pode ser atingido de outra maneira que afete menos ao indivíduo”.

Na consideração de que uma medida é inexigível ou desnecessária, e que, por isso, ofende o princípio da proporcionalidade, é importante que se possa indicar outra medida menos gravosa ou de menor restrição e, ao mesmo tempo, apta para alcançar um melhor resultado, qual seja, um meio mais idôneo (BARROS, 2000, p. 80).

Assim, não basta a adequação do meio ao fim. Além de ser o meio idôneo, este deve ocasionar a menor restrição possível. Em caso de haver apenas uma medida idônea, trata-se de verificar se não há uma outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão. Na hipótese da existência de vários meios idôneos, ordena-se a escolha daquele que é menos gravoso ao exercício do direito fundamental (STEINMETZ, 2001, p. 150).

A opção feita pelo legislador ou o executivo deve ser passível de prova no sentido de ter sido a melhor e única possibilidade viável para a obtenção de certos fins e de menor custo ao indivíduo. O atendimento à relação custo-benefício, de toda decisão político-jurídica a fim de preservar o máximo possível do direito que possui o cidadão, deve ser observado (STUMM, 1995, p. 79-80).

Em outras palavras, o juiz há de indicar qual o meio mais idôneo e que objetivamente produziria menos conseqüências danosas, entre os vários meios adequados ao fim almejado.

Em relação ao subprincípio da necessidade, faz bem expor as palavras de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, p. 190), seguindo o entendimento de Canotilho:

Com base nesse subprincípio em tela, o cidadão tem direito à menor desvantagem possível para a obtenção de determinado fim. Portanto, o meio eleito deve ser, simultaneamente, eficaz e menos desvantajoso, ou melhor, mais suave para os cidadãos. A medida, para ser admissível, deve ser estritamente necessária ao alcance do interesse público visado, ou não deve exceder os limites indispensáveis ao fim que almeja.

Na realidade, o princípio da proporcionalidade somente pode ser tido como violado quando as seqüelas advindas de determinada medida restritiva estiverem visivelmente em desproporção com o objetivo colimado, isto é, quando se comprovar uma inequívoca disparidade.

Para impor uma restrição ao indivíduo, colocam-se, a quem exerce o poder, várias possibilidades de atuação, devendo ser escolhida a menos gravosa. Assim, se, em virtude da imputação, for possível demonstrar o fato por meio de prova menos gravosa, como um documento a ser requisitado a um órgão público ou a uma instituição financeira, não se justificaria a determinação de uma busca domiciliar, de uma quebra de sigilo telefônico ou bancário (FERNANDES, 2002, p.55).

Por outro lado, só haverá exigibilidade se o meio empregado for idôneo à consecução do fim colimado. Desse modo, é forçoso convir que o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação. Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes (1990, p. 15) observa que: “apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado”.

Enfim, o uso de determinado meio específico deve restringir-se ao estritamente necessário para a consecução do fim almejado, e, havendo mais de um meio, dentro do faticamente possível, deve-se eleger aquele que causar menos desvantagens ou prejuízos.

Por intermédio deste subprincípio almeja-se verificar se a utilização da prova ilícita causará o menor prejuízo possível, ou seja, se esta buscará a menor restrição aos direitos fundamentais apreciados e, inexistindo outro meio menos penoso, verificar se este é necessário. Passa-se, agora, à análise do último subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito.

### **1.6.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito**

Na maioria das vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para definir a justiça da medida restritiva abraçada em uma situação específica, mormente, porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se conforma com a idéia de justa medida. Desse modo, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para designar se o meio utilizado acha-se em razoável proporção com o fim almejado (BARROS, 2000, p. 82-83).

Assim, este terceiro subprincípio da proporcionalidade, também conhecido como proporcionalidade material, exige uma reciprocidade razoável entre a relação meio-fim, perfazendo a idéia de justa medida. Em outros termos, para se atingir ao fim perscrutado, deve-se sopesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens dos fins. Objetiva-se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim, na medida em que ao se garantir um direito muitas vezes é preciso restringir outro, que apresenta conteúdo valorativamente inferior ao protegido.

Dessa forma, através de um juízo de ponderação, proíbe-se a adoção de medidas desproporcionais. Nesse sentido, a medida adotada não deve ser de uma severidade excessiva; se a medida for excessiva ou injustificável, não cabendo, portanto, a moldura da proporcionalidade, ela está eivada de inconstitucionalidade.

Consoante a essa observação, Canotilho (1998, p. 263) destaca:

[...] os meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, como objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de

'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

De acordo com Raquel Denize Stumm (1995, p. 80), “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito se confunde com a pragmática da ponderação ou lei da ponderação, na medida em que constitui requisito para a ponderação de resultados a adequação entre meios e fins”.

Salienta Daniel Sarmiento (2002, p. 89) que “o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela”.

Essa ponderação dos meios em relação aos fins, em se tratando de direitos fundamentais, é realizada pelo Tribunal Constitucional Alemão com observância de alguns critérios: a) quanto mais sensível revelar-se a intromissão da norma na posição jurídica do indivíduo, mas relevantes não de ser os interesses da comunidade que com ele colidam; b) do mesmo modo, o maior peso e preeminência dos interesses gerais justificam uma interferência mais grave; c) o peso diferenciado dos direitos fundamentais pode ensejar uma escala de valores em si mesmo, como ocorre na esfera jurídico-penal (o direito à vida teria preferência ao direito à propriedade) (PENALVA, 1990, apud BARROS, 2000).

Em qualquer caso, a lei de ponderação pode ser expressa da seguinte maneira: “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 1997, p.161).

Trata-se, portanto, de buscar o equilíbrio entre valores e bens constitucionais, assim como estabelecer, à medida que é possível, a precedência de um direito sobre o outro.

Portanto, o subprincípio da proporcionalidade, em sentido estrito, denota a ponderação de bens, e deve ser buscado por meio do seguinte questionamento: do cotejamento entre todos os princípios acima elencados, poder-se-ia, deduzir pela possibilidade da utilização das provas decorrentes de atividade ilegal?

Posta assim a questão, resta comprovado que o princípio da proporcionalidade permite ao intérprete (juiz, advogado, promotor ou, mesmo, ao simples cidadão) definir qual dos interesses contrapostos deverá prevalecer naquela situação específica, tendo em vista a busca das medidas que melhor atendam aos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

### **1.7 Procedimento de Aplicação do Princípio da Proporcionalidade**

Ocorrendo uma colisão de direitos fundamentais, torna-se inevitável a operacionalização do princípio da proporcionalidade, que se perfaz através do método de ponderação de bens. Ele difere do procedimento de solução para o entrelcho de duas regras constitucionais, caso de antinomia jurídica, em que há a eliminação de um delas do sistema, não podendo mais valer dentro dele.

Para Robert Alexy (1997, p. 92), a questão da ponderação na solução de conflitos entre princípios jurídicos se perfaz através da teoria da “relação de precedência condicionada”, isto é, as “colisões de princípios podem ser solucionadas mediante o estabelecimento de uma relação condicionada de precedência” e, ainda, “quanto maior o grau de satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem de ser a importância da satisfação do outro, o que pode ser constatado em casos concretos”.

Essa precedência ou relação de preferência de um direito ou bem em comparação com outro só pode ser verificada perante a situação fática, através de um juízo de ponderação. De fato, quando o intérprete sopesa bens em caso de conflito de direitos fundamentais, ele confere uma precedência de um sobre o outro, ou seja, atribui um peso maior a um deles.

Alguns autores aduzem pela problemática do método de ponderação de bens. Para alguns, trata-se de técnica oriunda de um juízo inteiramente livre do intérprete, através da qual o juiz manipularia a ponderação segundo sua livre convicção, conduzindo a resultados não controláveis e ao decisionismo judicial. Para outros, a ponderação só seria legítima quando perpetrada pelo legislador, tendo em vista que ele é o poder democrático que substancia o pluralismo político, tendo a

Constituição lhe atribuído o encargo de concretização dos conteúdos de liberdade e justiça.

Na verdade, a ponderação que o legislador faz na solução de um conflito constitui procedimento deveras semelhante ao realizado pelo juiz, de modo que, em situações concretas, envolvendo direitos fundamentais, a solução há de ser dada, quer pelo legislador, quer pelo juiz, ou, ainda, pelo administrador, conforme o caso.

A ponderação de bens é o método que se estriba em acolher uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão. É na resolução de conflitos de normas, pela ponderação de resultados, que o princípio da proporcionalidade assume dimensões de máxima grandeza.

Ocorre, então, uma ponderação entre os interesses envolvidos, a fim de saber qual deles, “abstratamente da mesma categoria, possui maior peso no caso concreto. A ponderação pode ser fundamentada tanto em princípios de direito fundamental, como em princípios do Estado de Direito, ou, ainda, na prática jurisprudencial ou no conceito de justiça” (ALEXY, 1997, p. 115-116).

A ponderação de resultados é um método de desenvolvimento do Direito, sendo que a elaboração do princípio da proporcionalidade surge justamente da racionalização de soluções concretas, para o conflito de direitos e bens, como se evidencia na prática jurisprudencial (STUMM, 1995, p. 77-78).

É de se lembrar o interessante roteiro de Suzana de Toledo Barros (2000, p. 180-182), dirigido aos operadores do direito para a verificação, no caso concreto, da atuação do princípio da proporcionalidade:

1.<sup>a</sup> Etapa: “constatação de que se trata de uma autêntica restrição”. Aqui convém observar se a aparente restrição refere-se, mesmo, a um direito fundamental, constitucionalmente previsto, ou se a um direito de categoria inferior.

2.<sup>a</sup> Etapa: “verificação dos requisitos de admissibilidade constitucional da restrição”. A restrição, se autorizada, deve estar contida nos limites da autorização, pena de revelar-se inconstitucional.

3.<sup>a</sup> Etapa: “comprovação de que a restrição atende ao princípio da proporcionalidade, em virtude da resposta positiva a três questões:

- a) “A medida restritiva adotada é apta a atingir o fim proposto?”. Aqui, cuida-se de aferir a adequabilidade da medida restritiva na relação meio-fim.
- b) “Existe outra medida menos gravosa apta a lograr o mesmo objetivo?”. Uma medida pode ser considerada inexigível ou desnecessária na espécie, porque outra, menos limitativa, poderia ser utilizada com resultados iguais ou mais eficazes à consecução do objetivo.
- c) “O sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido está em uma relação proporcional com a importância do bem jurídico que se pretende salvaguardar?”. Aqui se trata de verificar a proporcionalidade em sentido estrito, na busca do equilíbrio dos interesses enfrentados. A relação entre a carga de restrição e os resultados para o atingido e para os beneficiários deve ser sopesada, de maneira a garantir uma medida, senão a mais justa, ao menos que não seja injusta.

Neste viés, a aplicação do método da ponderação de bens reclama a observância de pelo menos três pressupostos básicos: (1) o choque de direitos fundamentais e bens constitucionalmente assegurados, no qual a realização ou a otimização de um implica na restrição do outro; (2) a inexistência, *a priori*, de uma hierarquia abstrata entre os direitos de colisão; (3) a justificação e motivação da regra prevalente, levando-se em conta, sobretudo, os princípios constitucionais da igualdade, da justiça, da segurança jurídica.

Assim, o primeiro passo consiste em analisar se realmente há uma colisão de direitos fundamentais, o que, nas palavras de Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 153), se verifica quando “os direitos em tensão são estatuídos, de forma direta ou indireta (não-escrita), por normas-princípios constitucionais”.

Nesta acepção, fica claro que a oportunidade de aplicação do princípio da proporcionalidade somente surge, efetivamente, se o fim desejado ostenta legitimidade constitucional, bem como se o escopo perseguido pela disposição legal consiste num interesse público e não arbitrário.

No segundo passo deve-se vislumbrar a situação conflituosa, tendo por fim principal identificar todas as circunstâncias relevantes do caso a serem abordadas, notadamente se o intervento restritivo é idôneo, para alcançar aquele escopo (interesse público), e se ele é necessário, ou seja, o meio, que incide sobre um direito fundamental, deve ser o mais brando possível para proteger de modo eficaz o bem jurídico.

Há que se enfatizar, que tanto a verificação do conflito de direitos fundamentais como a constatação das circunstâncias relevantes são qualificadas

pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão como “*tests preliminares*”. Somente depois da configuração destes, é que se prosseguirá para a aplicação do princípio da proporcionalidade propriamente dito.

Por fim, o terceiro passo consiste no exame do princípio da proporcionalidade, por meio da análise sucessiva de seus três subprincípios supramencionados, na seguinte ordem: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

A aludida progressão significa que uma decisão normativa (meio) será considerada proporcional em sentido amplo se ela, em primeiro lugar, for adequada, demais, necessária e, finalmente, proporcional em sentido estrito. A inadequação do meio já será suficiente para desconsiderá-lo proporcional. Apenas analisá-se a proporcionalidade à luz do princípio subsequente se ela satisfaz o princípio antecedente (STEINMETZ, 2001, p. 154).

Em resumo, nesta última etapa há de ser examinado se entre o interesse público e a agressão ao direito fundamental há uma relação adequada, isto é, se o interventivo é proporcional, em sentido estrito, ao escopo. Para tanto, faz-se necessário um balanceamento entre os bens em jogo.

O escopo desta presente monografia é justamente esse, qual seja, aferir se determinada prova, tida como ilícita, mas como fundamental para a situação em concreto, é necessária, adequada e, principalmente, proporcional em relação aos interesses envolvidos.

## **1.8 Relação do Princípio da Proporcionalidade com outros Princípios**

O princípio da proporcionalidade acha-se intimamente ligado aos princípios da separação dos poderes e da segurança jurídica, comprovando que sua utilização não viola o conteúdo de referidos princípios, mas apenas consagra o Estado Democrático de Direito.

Em seguida, analisaremos as semelhanças e diferenças entre os princípios da proporcionalidade, da isonomia e da razoabilidade.

### 1.8.1 Princípio da proporcionalidade e separação de poderes

O Estado Democrático de Direito somente sobrevive se houver nítida separação de poderes – efetivo sistema de freios e contrapesos entre os órgãos que exercem as distintas funções.

Nesse diapasão, uma das objeções em que assenta a crítica ao princípio da proporcionalidade diz respeito a desmedida ingerência do Poder Judiciário na esfera reservada ao Poder Legislativo, com a sub-rogação do juiz no papel político do legislador.

O exame de proporcionalidade, pelo Judiciário, das intervenções legislativas nos direitos fundamentais acarretaria o enfraquecimento do Legislativo, poder democrático legítimo, e poderia, no limite, resultar em um “Estado de juízes” ou “governo de juízes”. Tanto mais real seria a ameaça à separação de poderes quanto mais intensiva e extensiva fosse a aplicação do princípio da proporcionalidade (STEINMETZ, 2001, p. 194).

Isto é, o controle sobre a razoabilidade de um dispositivo legal converte o juiz em legislador, ou, em outras palavras, se estaria a igualar a função jurisdicional à legislativa?

De fato, o emprego do princípio da proporcionalidade, derivado do sistema de direitos fundamentais, representa quase sempre uma decisão, em última análise, difícil de fundamentar, que corresponde unicamente ao desejo e à vontade de quem toma a decisão.

No entanto, o legislador, quando da elaboração das normas, deve se pautar nos valores e nos princípios consagrados na própria Constituição, estando vinculado jurídico-materialmente às normas constitucionais, e, por conseguinte, sujeito ao controle jurisdicional. E é precisamente o estudo da vinculação do legislador no modelo de Constituição dirigente que conduz à negação dessa objeção.

Assim, percebe-se que a problemática da admissão do princípio da proporcionalidade em sede constitucional está, na verdade, ligado às conseqüências

de um controle jurisdicional sobre os atos legislativos, o que constitui princípio estruturante do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, só haverá a efetiva proteção aos direitos individuais dos cidadãos, quando lhes forem assegurado o devido controle jurisdicional contra o exercício arbitrário e ilegítimo do poder.

Suzana de Toledo Barros (2000, p. 207) ressalta que:

Ainda que se tenha em conta a idéia de impossibilidade de o juiz vir a corrigir ou substituir uma lei defeituosa, em homenagem ao princípio da separação dos poderes, parece, contudo, que a noção atual de Estado de Direito traz ínsita a exigência de mecanismos de controle do ato legislativo, tendo em vista o princípio da constitucionalidade. Não está em causa, então, a invasão de esfera do Poder Legislativo pelo Judiciário, mas a simples constatação de que o dogma da liberdade absoluta do legislador na fixação dos fins legais já está superado.

Nesse sentido, a lição de Canotilho (1982, p. 275):

Por um lado, a liberdade de conformação política do legislador e o âmbito de previsão não são incompatíveis com uma vinculação jurídico-constitucional, a apurar através de princípios constitucionais constitutivos (ex. princípio democrático) e de direitos fundamentais; por outro lado, se as previsões ou prognoses são atos políticos, também isso não significa que esses atos não possam ser medidos pela Constituição. O problema não reside aqui em, através do controle constitucional se fazer política, mas em apreciar a constitucionalidade da política.

Assim, como o princípio da proporcionalidade deriva do Estado de Direito Constitucional, que prestigia, dentre outros, a supremacia da Constituição e a inafastabilidade do controle jurisdicional, chega-se à conclusão de que aludido princípio e o princípio da separação de poderes convivem pacificamente dentro de nosso sistema jurídico, preservando o disposto pelos artigos 1º, *caput*, e 2º, ambos da Constituição Federal.

Em explêndida expressão disse a respeito Paulo Bonavides (2001, p.363):

[...] de fato, o princípio da proporcionalidade produz uma certa ascendência do juiz sobre o legislador, mas não a ponto de violar o princípio da

separação de poderes [...] Além disso, no Estado de Direito o legislador já não é porém o soberano das épocas em que o princípio da legalidade se sobrepunha, por ausência efetiva de controle, ao princípio de constitucionalidade. Assim a regra da proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes, uma vez que a autonomia, a faculdade política decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantêm preservadas, pois se encontram gizadas na Constituição.

Caio Tácito (1996, p. 07) igualmente é partidário desse ponto de vista quando diz que “a atribuição ao Judiciário ao controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz”.

Não se busca restringir a esfera de liberdade do legislador democraticamente legitimado para reger a Constituição, pela execução dos poderes do juiz, mas de impedir que aquele poder político chegue ao excesso de criar lei desnecessária, casuística ou disparatada.

Concluindo a esse respeito, um juízo de proporcionalidade desenvolvido pelo Judiciário constitui, antes de uma invasão em seara alheia, um acréscimo para a democracia, levando-se em conta a possibilidade da análise da razoabilidade da lei por parte do Judiciário representar, em última análise, importante mecanismo de proteção aos direitos fundamentais.

### **1.8.2 Princípio da proporcionalidade e segurança jurídica**

Da mesma forma, censura-se o princípio da proporcionalidade, pelo fato de que, ao se dar prioridade a uma decisão material justa ao caso concreto, é provável que ocorra um relativismo no cumprimento da lei, maculando o princípio da segurança jurídica. O relativismo afetaria, inclusive, o próprio sistema de garantias jurídico-fundamentais concebido mediante reservas legais, implicando, por conseguinte, em um nivelamento dos direitos fundamentais.

Sustenta-se que, as negativas experiências históricas, revelaram que, em nome de uma “segurança do Estado”, as normas garantidoras de direitos

individuais sofreram tal relativismo, a ponto de se tornar intolerável a intromissão do Estado na esfera de liberdade do cidadão (BARROS, 2000, p. 209).

No entanto, rebatendo as objeções postas, Suzana de Toledo Barros (2000, p. 209) diz:

[...] em primeiro lugar, que o princípio da proporcionalidade tem de ser entendido no quadro dos direitos fundamentais. Ele há de ser considerado ao lado de outros princípios também extraídos da natureza desses direitos, como o da proteção do núcleo essencial e o da concordância prática. O parâmetro da proporcionalidade é especialmente útil para flagrar uma indevida intervenção do Estado em posições jurídicas protegidas e não pode ser manejado em sentido oposto, isto é, para justificar iniquidades.

Assim sendo, infere-se que o princípio da proporcionalidade não tem força para violar o princípio da segurança jurídica. Primeiro, porque aludido princípio visa averiguar indevidas ingerências do Estado em posições jurídicas protegidas, bem como proteger os cidadãos contra o arbítrio estatal. Segundo, o ato estatal impugnado será apreciado pelo Poder Judiciário, com prudência e parcimônia, nas três dimensões do princípio da proporcionalidade e será objeto de motivação, exigência constitucional estampada no artigo 93, IX, da Constituição Federal, o que resguarda o direito dos jurisdicionados contra eventuais abusos ou iniquidades, preservando-se, assim, a segurança jurídica das decisões judiciais.

Quanto ao nivelamento dos direitos fundamentais, se se estabelece uma argumentação jurídica aceitável a favor de uma solução e não de outra, não há risco de nivelação da proteção constitucional dada a diferentes valores, uma vez que sempre se estará diante de uma condição específica através da qual será fixada uma regra de precedência. Logo, basta que haja uma decisão final dotada de autoridade acerca da ponderação de valores levada a efeito, para que essa preocupação seja eliminada.

### **1.8.3 Princípio da proporcionalidade e o princípio da isonomia**

Há vertente doutrinária que igualiza o princípio da proporcionalidade com o princípio da isonomia, pois, a despeito de tenham objetos e fins próprios,

relacionam-se especialmente no fato de que, para existir igualdade, devem ser subjugadas as desigualdades dos indivíduos e especificados os critérios para definir em que medida as distinções entre eles podem ser admitidas.

Aliás, para Luís Roberto Barroso (1999, p. 235), “a importação e sistematização do princípio da razoabilidade-proporcionalidade, no direito brasileiro, projetaram novas luzes sobre o tratamento doutrinário do princípio da isonomia”.

Segundo Suzana de Toledo Barros (2000, p. 187):

Essa relação tão íntima entre igualdade e a proporcionalidade levou vários autores a tentar unificar ambas as idéias sob um denominador comum. Não é estranho, em face disso, que alguns tenham sustentado em alguma ocasião que o princípio da igualdade consagra o princípio da proporcionalidade, o que não deixa de ser verdadeiro, quando se toma em consideração a necessidade de invocá-la como critério para aferição da legitimidade da diferenciação de tratamentos a pessoas até então tidas em idêntica posição.

De fato, para aferir a validade de uma norma legal frente ao princípio da isonomia, necessita-se da idéia de proporcionalidade ou de razoabilidade, que, nesse caso, assume caráter meramente instrumental. Na verdade, o que o princípio da igualdade impede é que a ordem jurídica promova desequiparações arbitrárias e desarrazoadas. No entanto, será legítima a desequiparação quando estribada e subordinada em um elemento discriminatório estimável, que prestigie, com proporcionalidade, valores consagrados no Texto Constitucional.

Por outro lado, como o princípio da igualdade proíbe privilégios (vantagens não-justificadas ou não-fundamentadas) e discriminações (situações de desvantagem), para que haja uma restrição de um direito fundamental em prol de outro de maior valia, é necessário que essa restrição e o tratamento desigual dado ao caso encontre limites de razoabilidade para que seja legítimo. Juízos de igualdade são sempre juízos sobre igualdade fática parcial.

Luís Roberto Barroso (1986, p. 76) enfatizou esse entendimento ao manifestar que:

[...] a compatibilização entre a regra isonômica (na vertente do tratamento desigual) e outros interesses prestigiados constitucionalmente exige que se recorra à idéia de proporcionalidade. Somente assim se poderá obter um

equilíbrio entre diferentes valores a serem preservados. O tratamento desigual há de encontrar limites de razoabilidade para que seja legítimo. Este limite poderá vir expresso ou implícito no Texto Constitucional, e a conciliação que se faz necessária exige a utilização de um conceito flexível, fluido como o de proporcionalidade.

De maneira geral, o princípio da proporcionalidade decorre do princípio do devido processo legal, que tem sua razão de ser no Estado de Direito, sendo uma garantia fundamental para a concretização de valores consagrados constitucionalmente (direitos e garantias fundamentais), bem como instrumento de proteção da esfera particular dos cidadãos contra abusos praticados pelos órgãos estatais. Já o princípio da igualdade é uma garantia fundamental, porque é um instrumento de preservação e aperfeiçoamento do sistema de direitos fundamentais.

É evidente que há ou deve haver uma igualdade de todos os seres humanos em direitos fundamentais, por exemplo, direitos de participação política, tanto é verdade que, no caso brasileiro, o dever de igualdade acha-se inserido no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, previamente ao catálogo de direitos fundamentais, disposto nos incisos do aludido dispositivo.

Na interpretação constitucional, é por intermédio dos princípios da proporcionalidade e da igualdade que o aplicador da lei levará a efeito a ponderação de princípios e direitos fundamentais em colisão, aplicando-os aos interesses postos no caso concreto.

Dessa forma, já é possível visualizar a primeira relação entre os princípios da igualdade e da proporcionalidade: ambos mantêm relação intrínseca com o sistema de direitos fundamentais. São, pois, princípios que garantem a preservação e o aperfeiçoamento do ordenamento.

Por outro lado, originariamente, ambos destinavam-se somente aos aplicadores do direito – ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo. Assim, era defeso, na interpretação e aplicação ou execução da lei, criar privilégios ou discriminações. Somente quando reconhecida a hierarquia constitucional dos princípios é que se passou também a vincular o Poder Legislativo, notadamente porque todos os poderes públicos são potenciais violadores dos direitos fundamentais, quer na aplicação, quer na criação da lei e do direito.

Todavia, eles se diferenciam na medida em que o princípio da igualdade determina, abstratamente, a extensão a todos dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade permite, concretamente, a distribuição compatível dos mesmos. Em outros termos, relacionam-se, mas não se confundem.

Jorge Miranda (1998, p. 216) aduz que “igualdade e proporcionalidade não coincidem, embora se sobreponham largamente”, concluindo que é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito que mais se prende ao princípio da igualdade.

No caso específico, há que se perguntar pela constitucionalidade do fim que se persegue com o tratamento igual/desigual, a adequação meio-fim, a exigibilidade do meio e a proporcionalidade em sentido estrito entre os graus de realização e a afetação dos direitos dos sujeitos envolvidos. Isto é, o fim é tão importante que possa justificar uma desigualdade de tratamento em sentido normativo? (STEINMETZ, 2001, p. 181).

Então, se levarmos em consideração que no controle de constitucionalidade da lei restritiva de direito fundamental, a ofensa ao princípio da proporcionalidade acarreta a inconstitucionalidade do decreto, na aferição da harmonização da norma legal ao princípio da igualdade, a idéia da proporcionalidade assume notável função instrumental.

Afinal, a distinção de tratamento criada pela lei tem de estar fundamentada racionalmente em uma relação meio-fim: tanto o fator de diferenciação deve ser apto à consecução dos objetivos em vista dos quais foi considerado, como tem de levar em consideração um equilíbrio entre os valores constitucionais protegidos, pela própria vinculação que tem o legislador, em um Estado de Direito, ao conteúdo material do princípio da isonomia, exigência suficiente de justiça material.

#### **1.8.4 Princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade**

Na dogmática dos direitos fundamentais, é comum estabelecerem-se relações entre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Há posições

que vêm autonomia dos princípios uns em relação aos outros, e há outras posições que mostram conexões entre os princípios, mas postulam a autonomia, isto é, atribuem a cada um conteúdo específico e determinável.

Para Bandeira de Mello (1999, p. 68), embora os descreva separadamente, “o princípio da proporcionalidade é uma faceta, um aspecto específico do princípio da razoabilidade”.

Segundo Luther (1993) apud Magalhães Gomes (2003), proporcionalidade e razoabilidade possuem pontos de intersecção, mas não devem ser confundidas. Para este autor, o juízo da razoabilidade baseia-se numa relação entre normas, por intermédio da utilização de uma outra norma, denominada *tertium comparationis* na Itália e *Vergleichsmaß* na Alemanha, ao passo que o princípio da proporcionalidade diz respeito a uma relação entre meios e fins, baseando-se nos escopos escolhidos pelo legislador. Nesse caso, controla-se a racionalidade da lei segundo seu escopo, ao passo que naquele controla-se a racionalidade do direito em relação ao valor.

Todavia, conquanto a doutrina majoritária nacional sustente a proporcionalidade como uma "faceta do princípio da razoabilidade", isto de fato não corresponde a realidade, uma vez que, embora estes princípios se aglutinem de alguma maneira na sua atuação prática, o fato é que o Direito positivo reconhece a positividade de cada um desses princípios, tratando-os como exigências jurídicas autônomas, e não como sinônimos.

O termo “razoabilidade” qualifica tudo o que for considerado conforme a razão.

O princípio da razoabilidade, com origem no direito anglo-saxão (*Common Law*), como face material da cláusula do *due process of law*, determina que haja uma relação lógica entre o fato (o motivo) e a medida adotada. Isto é, o princípio da razoabilidade se filia à observância da finalidade da lei, que emana do princípio da legalidade, o qual pressupõe perfeita harmonia entre os meios e os fins, entre o objeto e o resultado do ato jurídico (TÁCITO, 1996, p. 07).

Consoante Luís Roberto Barroso (1999, p. 215-217):

[...] o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça [...]. É razoável o que seja conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.

Já o princípio da proporcionalidade é uma decorrência do princípio da razoabilidade, segundo o qual o intérprete deve posicionar-se em prol do menor sacrifício do cidadão na hora de escolher os diversos significados da norma.

Afirma-se categoricamente, inclusive, que para o senso comum, o que é proporcional também é razoável, embora o oposto não seja necessariamente correto, além de se verificar que em inúmeras hipóteses de emprego do termo razoabilidade, na verdade, se está fazendo alusão aos princípios da necessidade e idoneidade, subprincípios que integram a teoria da proporcionalidade.

Em nosso entender, seguindo o posicionamento de Sylvia Marlene de Figueiredo (2005, p. 241), o princípio da proporcionalidade possui semelhanças com o princípio da razoabilidade, principalmente porque ambos constituem princípios de interpretação, a nortear o intérprete na aplicação do Direito para solução do caso concreto, e visam impedir a concretização do arbítrio no exercício do poder, embora não tenham a mesma significação jurídico-dogmática.

Ambos exercem função de controle dos atos estatais, através da contenção dos mesmos dentro de limites razoáveis e proporcionais aos fins públicos.

No entanto, segundo Helenilson Cunha Pontes (2000, p. 88), os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade apresentam quatro diferenças:

- a) o princípio da proporcionalidade exige maior motivação racional nas decisões do que o princípio da razoabilidade;
- b) o princípio da razoabilidade, ao contrário do princípio da proporcionalidade, prescinde de consideração da relação meio-fim;
- c) enquanto a razoabilidade constitui princípio geral de interpretação, a proporcionalidade, além dessa qualidade também consubstancia princípio jurídico material;
- d) finalmente, a razoabilidade tem função eficaz de bloqueio, enquanto a proporcionalidade, além dessa mesma função, também assegura a concretização dos interesses constitucionalmente consagrados.

No entendimento de Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 173):

Aplica-se o postulado normativo da proporcionalidade nos casos em que se estrutura uma relação meio-fim, na qual um meio pretende alcançar um fim constitucionalmente legítimo, ou um direito fundamental, um bem jurídico constitucionalmente protegido, restringindo um princípio constitucional, ou um direito fundamental, um bem jurídico constitucionalmente protegido. Já o dever de razoabilidade não pressupõe uma relação meio-fim, mas a situação pessoal do sujeito envolvido na aplicação da medida que se quer controlar. Em outras palavras, não se analisa a intensidade da medida para a realização de um fim, mas a intensidade da medida relativamente a um bem jurídico de determinada pessoa.

Ávila (1999, p. 174) conclui afirmando que há, ainda, uma diferença de método na aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade:

[...] enquanto o da proporcionalidade consiste num juízo com referência a bens jurídicos ligados a fins, o da razoabilidade traduz um juízo com referência à pessoa atingida. Desta feita, a solução de direitos fundamentais exige a aplicação do princípio da proporcionalidade, porque na colisão de direitos fundamentais se estrutura uma relação meio-fim. Não se trata, na colisão, de verificar a razoabilidade da aplicação de uma norma geral a um caso individual, a uma situação pessoal.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 38), invocando as lições de Lombardo, enfatizou bem as diferenças entre aludidos princípios:

[...] enquanto o juízo de razoabilidade diz respeito a uma ponderação de todos os interesses envolvidos a fim de se decidir acerca da adoção de determinada medida, o juízo de proporcionalidade refere-se à medida da intervenção, e implica uma análise comparativa entre o sacrifício imposto ao indivíduo e o interesse público perseguido.

A autora ressalta ainda que, no tocante a aplicação destes dois, ambos valem-se de um esquema de juízo de valor, com semelhanças significativas no método: na aplicação do princípio da razoabilidade, é valorada a ponderação dos interesses realizada para verificar se na medida foram consideradas adequadamente todos os interesses envolvidos, enquanto na aplicação do princípio da proporcionalidade avalia-se a ponderação dos interesses (que já são tidos como

legítimos) com a medida de intervenção. Assim, clara é a diversidade do objeto do juízo: a aplicação do parâmetro da proporcionalidade ocorre num momento logicamente posterior ao juízo de razoabilidade (2003, p. 38).

Do exposto, verifica-se que os princípios em tela não podem ser considerados como sinônimos; na verdade, o princípio da proporcionalidade possui um “*plus*” em relação ao da razoabilidade, pois naquele o grau de motivação racional de sua decisão é maior, na medida em que devem estar observados os três subprincípios que o compõe, ao passo que neste, ao se analisar os interesses concretos em litígio, basta que a decisão jurídica seja racionalmente motivada, prescindindo-se da relação meio-fim.

Ainda, vislumbra-se que a razoabilidade ostenta uma função negativa, ao passo que a proporcionalidade uma função positiva.

A função negativa do princípio da razoabilidade é verificada na sua forma de atuação, sempre tendo por objetivo obstruir medidas estatais abusivas perante os direitos fundamentais dos indivíduos, através da ponderação em busca do equilíbrio.

Em contra partida, o princípio da proporcionalidade ostenta função positiva, haja vista que, além de impedir a prática de excessos por parte do poder público, impõe a necessidade de utilização de mecanismos para equacionar as medidas corretas na solução dos casos concretos, o que se dá pelo manejo de seus elementos ou subprincípios, de adequação, necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

No Brasil, não se nega normatividade ao princípio da razoabilidade. É um princípio consolidado no direito brasileiro, atribuindo-se a ele *status* constitucional, conforme disposto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

Nessa esteira, conclui-se que, o princípio da proporcionalidade não se confunde com o da razoabilidade e que o princípio da proporcionalidade é o princípio apropriado para solução da colisão de direitos fundamentais, notadamente nos casos em que atua como fundamento para a admissão de prova obtida ilicitamente no campo probatório processual penal, matéria essa que será pormenorizadamente tratada na seqüência desta monografia.

## 1.9 Princípio da Proporcionalidade: Objeções e Contra-Objeções

No direito constitucional moderno, como amplamente demonstrado, são inúmeros os doutrinadores e processualistas que defendem a imprescindibilidade do princípio da proporcionalidade como instrumento de controle não só da aplicação da lei como na criação do próprio direito, mormente quando estão em jogo medidas que restringem direitos fundamentais. Estes autores apontam a necessidade de um exame na relação meio-fim do ato restritivo de direito, com vistas ao controle inerente de razoabilidade.

Em contra partida, há também parcela da doutrina que refuta a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em sede constitucional, sob diversos argumentos. A crítica se funda, essencialmente, nas seguintes objeções:

- a) A utilização da proporcionalidade pode desencadear uma demasiada intervenção do Poder Judiciário na esfera legislativa, sub-rogando o magistrado na função política do legislador, a quem a Constituição instituiu a disciplina jurídica dos direitos fundamentais.
- b) O fato de se dar crédito a uma decisão material justa ao caso concreto conduz a uma relativização na aplicação da lei, o que geraria grave ameaça aos princípios da igualdade e segurança jurídica, sobre os quais repousa a noção de justiça.

As objeções acima destacadas já foram objeto de estudo quando do exame do princípio da proporcionalidade e sua relação com os princípios da separação dos poderes e da segurança jurídica (vide tópicos 1.8.1 e 1.8.2).

Porém, o principal obstáculo que se costuma sustentar quanto ao princípio da proporcionalidade reside no subjetivismo existente, o que implica num acúmulo de poder incondicional nas mãos do magistrado na apreciação sobre qual valor deve preponderar, fazendo surgir riscos para a segurança nacional.

Riscos há, não há dúvida, notadamente se não existir por parte do julgador total equilíbrio entre o que se pretenda inferir por atuação discricionária e postura arbitrária.

Primeiramente, seria impossível eliminar de todo a subjetividade judicial.

No entanto, o questionamento que se faz simplesmente pelo fato de que na aplicação do princípio da proporcionalidade poderia emergir inevitável arbítrio judicial, resta totalmente infundado, visto que vários são os momentos em que a lei confia na valoração do magistrado, mormente quando relativa a conceitos que o texto legal deixa indeterminado, como, *v.g.*, o de interesse público.

Nesse sentido, por bem elucidativa, vale transcrever o ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira (2000, p. 110):

Mas cumpre não perder de vista quão freqüentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas redigidas com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados (por exemplo, o de ordem pública, para o efeito de decretação de prisão preventiva). (grifo do autor)

Haveria, evidentemente, critérios balizadores para a atuação do juiz, notadamente na escolha do interesse preponderante, não sendo crível, a meu ver, que a aplicação do princípio da proporcionalidade deva ser estendida a todo o preço e para qualquer caso.

Aliás, somente em casos excepcionais e de extrema gravidade é que se justificaria, por exemplo, o acolhimento de uma prova violadora de direitos constitucionalmente assegurados, tema esse central dessa obra e que será visto logo adiante.

Assinale-se ainda que cumprirá ao Juiz que proferir a decisão acolhendo a aplicação da teoria da proporcionalidade e, conseqüentemente, admitir como válida uma prova obtida por meio ilícito, motivá-la cuidadosamente (art. 93, IX, CF), optando por um dos valores em jogo, por mera aplicação do "princípio da convivência das liberdades".

Por fim, aludida decisão permanecerá ainda submetida ao controle da instância recursal, criando-se a partir daí uma jurisprudência que servirá de critério indicador para casos futuros.

## 2 DA PROVA

### 2.1 Considerações Gerais

Antes de adentrarmos no campo das provas obtidas ilicitamente e a sua relação com o princípio da proporcionalidade, convém, primeiramente, dada a sua importância no contexto dessa monografia, explicitar o instituto da atividade probatória no processo penal.

O vocábulo “prova” vem do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, traduzido como demonstração, reconhecimento, verificação, exame, confirmação, experimentação etc. Todavia, a palavra prova é utilizada com mais de um significado - tanto no sentido comum como no sentido jurídico.

Na preciosa lição de Gomes Filho (1997, p. 41):

Na terminologia processual, o termo prova é empregado com variadas significações: indica, de forma mais ampla, o conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo (meios de prova); e, ainda, dá o nome ao resultado dessas atividades.

Fernando Capez (2000, p. 243), de igual modo, definiu prova como sendo:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo Juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (por exemplo, peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.

Assim, num sentido ordinário (verificação, reconhecimento) prova significa tudo aquilo que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. Desta forma, então, se quisermos provar, isto é, se quisermos tornar conhecida a verdade

que conhecemos a outros, devemos, sem dúvida, apresentar os meios necessários para que os outros a conheçam.

No processo, a prova entende-se a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de uma situação de fato ou de um ato jurídico. É o instrumento de verificação do *thema probandum*. Dentro do sistema jurídico brasileiro, prova representa “o conjunto de atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados” (CAMARGO ARANHA, 1994, p. 05).

Consoante, Mittermayer (1997, p. 55):

Todas as vezes que um indivíduo aparece como autor de um fato, que é por força de lei, de conseqüências aflitivas, e que se trata de lhe fazer a aplicação devida, a condenação repousa sobre a certeza dos fatos, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz. A soma dos motivos geradores dessa certeza se chama prova. O impulso que se produz em nós diante da prova, e que comunica o movimento ao que chamaremos fiel da balança da consciência, pode ser mais ou menos poderoso. Quanto menos vigoroso, apenas produz suspeita, gera só uma pura e simples presunção, quando, porém, violento e irresistível, faz descer e conserva em baixo a concha: é a certeza que pesa.

Neste viés, constata-se que a prova é o cerne do processo, notadamente, o processo penal, haja vista que é por meio de provas que as partes litigantes demonstrarão ao juiz a ocorrência ou não de um fato específico, bem como a forma como aludido acontecimento realmente se procedeu.

Em decorrência, o termo “provar” nada mais representa do que “produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo” (MIRABETE, 2004, p. 313).

Partindo desse ponto, cumpre asseverar que o objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para o deslinde da causa, pois, para julgar o litígio necessita o julgador ficar ciente acerca da existência do fato sobre qual versa a causa. Em suma: a função da prova é a formação da convicção quanto a existência e veracidade dos fatos da causa, sendo o destinatário o Juiz.

É importante ressaltar o ensinamento de Vicente Greco Filho (1991, p.174) que demonstra não ter a prova um fim em si mesma, dizendo que “a finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário”; 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.

Entretanto, somente os fatos relevantes para a decisão da causa podem ser objetos de prova, isto é, nem todos os fatos devem ser submetidos a atividade probatória, como por exemplo, os fatos axiomáticos (intuitivos), evidentes por si mesmos e os fatos notórios (*notoria non egent probatione* – o notório não necessita de prova), que são manifestamente públicos e de conhecimento geral. Tanto a notoriedade como a evidência jamais podem ser postas em dúvida, devendo ser aceitas sem discrepância.

Ademais, independem de prova os fatos em cujo favor milita uma presunção legal de existência ou veracidade. Presumir é tomar como verdadeiro um fato, independentemente de prova, levando em conta aquilo que em geral acontece. Assim, há casos em que o legislador faz presumir, de maneira absoluta ou relativa, a veracidade de determinados fatos, denominando-os de presunções legais, pois se a lei dá determinado fato como verídico, a parte está desincumbida de comprová-lo, desde que se trate de presunção absoluta (*juris et de jure*). Caso haja uma presunção relativa (*juris tantum*), a parte quem a apresentou não precisará produzir provas, mas a parte contrária poderá fazê-lo, para demonstrar-lhe a inveracidade.

Finalmente, estão dispensados de comprovação os fatos inúteis ou impertinentes, não relacionados com a causa e que não suscitam o interesse das partes em demonstrá-los (princípio *frustra probatur quod probantum non relevat*).

Todavia, há de se ressaltar que os fatos incontroversos, diferentemente do que ocorre no processo civil, não são excluídos do objeto da prova. A confissão, por exemplo, embora afaste a controvérsia sobre a autoria, não está o julgador autorizado a dispensar a elaboração de outras provas pertinentes que, aliás, deverão corroborá-la.

Por outro lado, no tocante a prova do direito, este não carece de prova, basta ser alegado, pois o juiz está obrigado a conhecê-lo. O juiz conhece o direito

(*iura novit curia*). Entretanto, quem invoca direito estadual, municipal, estrangeiro ou consuetudinário, deve dele fazer prova de seu teor e vigência, aplicando-se, por analogia, o constante no artigo 337 do Código de Processo Civil.

Em suma, sobre o assunto Vicente Greco Filho (1991, p. 175) aduz que “o objeto da prova, referida a determinado processo, são os fatos pertinentes, relevantes, e não submetidos a presunção legal”.

Destarte, compete às partes, dentro do processo, alegar os fatos, fazer prova deles, a fim de convencer o juiz que eles existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma.

Conclui-se então, que a prova não constitui para as partes uma obrigação processual, mas sim um ônus, na medida em que as partes provam em seu próprio benefício, visando a formação da convicção do juiz. No processo, as partes não têm o dever ou obrigação de produzir provas, mas o ônus de realizá-las. A diferença é que, quem descumpra uma obrigação sofre a pena correspondente; ao passo que quem tem ônus e não o atende, não sofre sanção, mas apenas sofre as conseqüências de sua omissão ou deixará de obter a vantagem que adviria de sua atuação.

*Onus probandi* (ônus da prova) é a faculdade ou encargo que detêm a parte de comprovar no processo a ocorrência de um fato que alegou em seu próprio interesse e que se apresenta relevante para o julgamento da causa. Nesse sentido, determina o artigo 156, 1ª parte, do Código de Processo Penal que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” (*onus probandi incumbit ei qui agit*). Portanto, cabe provar a quem tem interesse em afirmar.

Traduzindo essa concepção para o processo penal, temos que ao acusador incumbe provar os fatos constitutivos, que dizem respeito à existência do fato (materialidade) e sua autoria, isto é, compete a ele provar a ocorrência de um fato previsto em lei como ilícito penal e o seu autor. Com relação à culpabilidade, o dolo é presumido, desde que provadas a materialidade e autoria, pois está contido implicitamente dentro da figura típica, ao passo que a culpa deve ser sempre demonstrada pela acusação.

Por outro lado, ao acusado cabe o ônus de provar os fatos extintivos, que são aqueles que cessam a relação jurídica, como, por exemplo, a prescrição e

decadência; os fatos impeditivos, que, segundo Camargo Aranha (1994, p. 13) “são todos os que excluem o elemento vontade livre e consciente quando da prática do fato, como o erro de fato, a coação irresistível, as causas de exclusão da culpabilidade etc.”; e, por fim, os fatos modificativos, que são aqueles que dão ao fato aspecto novo, atingindo a relação posta em juízo, como, por exemplo, as causas de exclusão da antijuridicidade (legítima defesa).

Robustecendo essa afirmativa trazemos à colação Hélio Tornaghi (1977, p. 226), ao afirmar que “ressalvadas as presunções que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo de pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu”.

Finalmente, quanto ao juiz em tema de prova, o artigo 156 do Código de Processo Penal possibilita ao magistrado determinar de ofício a produção de provas, caso as que disponha não sejam suficientes para formar o seu convencimento, bem como “ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade” (art. 502, CPP), haja vista que no processo penal o juiz deve procurar meios de conhecer a verdade material, real, não se contentando com a verdade formal. Nota-se, contudo, que a produção de provas pelo magistrado é supletiva e encontra limites, justamente na imparcialidade do julgador, o que, em contrapartida, viabiliza o respeito ao princípio do contraditório.

## **2.2 Princípios Gerais da Prova**

A prova no âmbito do processo penal brasileiro, como outrora salientado, tem por escopo demonstrar a verdade sobre algo, persuadindo o espírito do Julgador a fim de convencê-lo do fato alegado. Logo, a prova, a exemplo do que ocorre com outros institutos processuais penais, está cercada por determinados princípios, que servem de sustentáculo para seu sistema. Por essa razão, os princípios atinentes a prova devem ser respeitados pelas partes, a fim de que o objetivo dela seja alcançado.

Podem ser apontados os seguintes princípios que regem as provas:

- a) Princípio da auto-responsabilidade das partes: diz respeito ao ônus da prova, cabendo a cada parte apresentar as provas que lhe pareçam necessárias, de modo que, cada parte assume as conseqüências de sua inércia, displicência, erro ou atos intencionais.
- b) Princípio da audiência contraditória: pelo princípio toda prova admite contraprova, não sendo possível a produção de uma delas sem que a outra parte tome ciência (princípio do contraditório); assim, cabe a parte contrária não só sobre ela manifestar-se, como também produzir prova em contrário.
- c) Princípio da aquisição ou comunhão da prova: por este princípio, toda prova produzida no campo penal possui interesse comum, isto é, toda prova trazida para o processo não pertence à parte que a produziu, mas deve servir a ambos os litigantes e ao interesse da Justiça: *testes et documenta per productionem fiunt communica* (testemunhos e documentos, uma vez produzidos, tornam-se comuns).
- d) Princípio da oralidade: por força de tal princípio, deve haver predominância da palavra falada (depoimentos, alegações, debates). Assim, as declarações perante juízes e tribunais apenas ostentam eficácia quando formuladas através da palavra oral. Entretanto, essa predominância não é percebida em nosso direito processual penal, que, de forma geral, adotou o procedimento escrito.
- e) Princípio da concentração: como conseqüência do princípio da oralidade, busca-se concentrar toda a produção da prova na audiência, conferindo maior agilidade em sua coleta e produção, bem como proporciona em breve espaço de tempo o encerramento da instrução probatória.
- f) Princípio da publicidade: segundo este princípio, os atos processuais, bem como a produção de provas, devem ser

praticados publicamente diante dos cidadãos. Ficam ressalvados os processos que correm em segredo de justiça.

- g) Princípio da averiguação: este princípio confere, por meio da prova, ampla liberdade ao juiz na busca da verdade real. Deste modo, não fica o magistrado atrelado às declarações das partes litigantes, bem como às provas requeridas pelas partes, podendo introduzir, de ofício, as provas que considere pertinentes na elucidação da causa.
- h) Princípio do livre convencimento motivado: por conta desse princípio, inexistente uma hierarquia de provas, isto é, as provas não são prévia e legalmente valoradas, não ficando o magistrado adstrito a critérios valorativos e apriorísticos, mas deve agir livremente na escolha, apreciação, aceitação e valoração das provas, apenas limitando aos fatos e circunstâncias do próprio processo, quais sejam as provas carreadas aos autos, não podendo fundamentar uma decisão tomando por base elementos estranhos a eles: *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo).

### 2.3 Meios de Prova

Considerando que a prova visa convencer o espírito do Julgador sobre a ocorrência de determinado fato, os meios de prova são os instrumentos diretos ou indiretos, pessoais ou materiais utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo, ou seja, são os métodos aptos a trazer ao processo a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato.

É com base neles que o juiz forma sua convicção (*iudici fit probatio*) e as partes procuram demonstrar a veracidade dos fatos postos em juízo.

Como é cediço, vigora em nosso ordenamento processual penal o princípio da verdade real, e isso se deve ao fato de estar em jogo um bem valioso e indisponível da pessoa humana, qual seja, a liberdade. Por isso, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei.

Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei. A investigação deve ser a mais ampla possível, já que tem como objetivo alcançar a verdade do fato, da autoria e das circunstâncias (STF, HC n. 69.204-4/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 04/09/1992).

Ocorre que, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, sofre restrições. O artigo 155 do Código de Processo Penal determina que “somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil”. Assim, como exemplo, o casamento prova-se por intermédio da certidão de casamento, feita ao tempo da celebração (art. 1543 do CC). Portanto, relativamente ao estado das pessoas, a prova deverá ser produzida conforme determinação da lei civil.

Outro exemplo, o artigo 158 do Código de Processo Penal exige o exame de corpo de delito para as infrações que deixarem vestígios, não admitindo que seja suprido ainda que haja a confissão do acusado.

De maneira geral, o Código de Processo Penal 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 (arts. 226 a 228), a acareação (arts. 229 a 230), os documentos (arts. 231 a 238), os indícios (art. 239) e a busca e apreensão (arts. 240 a 250).

Assim, via de regra, a lei estabelece os meios de prova que poderão ser utilizados no processo. Todavia, essa enumeração não é exaustiva (*numerus clausus*), mas exemplificativa, uma vez que o Código de Processo Penal não limita os meios de prova, admitindo, inclusive, as chamadas “provas inominadas”, ou seja, aquelas não indicadas expressamente na lei. Logo, não há qualquer impedimento à produção de provas além daquelas tipificadas nos artigos 158 a 250 do referido diploma.

Por isso, grande parte da doutrina pugna pela abolição da taxatividade, pregando, contudo, a vedação de qualquer meio probatório que atente contra a moralidade e dignidade da pessoa humana.

Não é outro o entendimento de Tourinho Filho (1997, p. 228):

Assim, não há, em princípio, nenhuma restrição aos meios de prova, com ressalva, apenas e tão-somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana. E porque não são admissíveis? Em face de limitações impostas por princípios constitucionais e até mesmo de Direito Material.

Mesmo existindo uma flexibilidade na produção da prova no âmbito do processo penal, a Constituição Federal determina serem inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CF), matéria essa reservada para o capítulo seguinte desta monografia.

## **2.4 Procedimento Probatório**

O procedimento probatório diz respeito ao trâmite dos atos processuais relativos à prova, desde a sua indicação, até a respectiva avaliação pelo julgador. As atividades atinentes ao procedimento probatório desdobram-se em quatro momentos distintos e sucessíveis:

- a) Proposição ou indicação da prova: trata-se de atividade das partes, através da qual indicam ao juiz os meios pelos quais pretendem demonstrar o alegado. É o momento de indicação das provas, sob pena de preclusão.

Em regra, as provas devem ser propostas junto com a peça acusatória (denúncia ou queixa), com a defesa prévia ou com o libelo e sua contrariedade. Por sua vez, ultimada a instrução, o artigo 499 do Código de Processo Penal permite às partes a proposição de diligências dentro de vinte e quatro horas, porém o pedido deve ser justificado com os elementos colhidos durante a instrução, não se confundindo com aquelas que poderiam ser postuladas inicialmente e não o foram. A única prova que pode ser requerida pelas partes em qualquer momento

processual ou determinada de ofício pelo juiz, até mesmo pela via recursal, diz respeito ao incidente de insanidade mental, previsto no artigo 149 e seguintes do Código de Processo Penal.

- b) Admissão ou recepção da prova: a admissão é ato processual exclusivo do juiz, deferindo ou não os pedidos de provas requeridos pelas partes. É a avaliação da prova cuja realização foi postulada.

Assim, o juiz deverá deferir ou indeferir a prova requerida levando em conta a natureza e objeto da prova, além da sua necessidade, conveniência e pertinência para o processo.

A princípio, toda prova requerida deve ser deferida, sob pena de caracterizar nulidade processual, consubstanciada pelo cerceamento do direito, salvo quando protelatória ou impertinente. No entanto, o indeferimento de uma prova deve ser feito por meio de despacho motivado e apoiado em elementos autorizadores da rejeição.

De acordo com o ordenamento processual penal, as hipóteses de indeferimento são: artigo 406, § 2º, que proíbe a juntada de documentos em sede de alegações finas nos processos de competência do Tribunal do Júri; e do artigo 475, que veda a juntada ou leitura de documentos em plenário, desde que a parte contrária não tenha sido comunicada com no mínimo 3 (três) dias de antecedência.

Outra causa de indeferimento, corresponde às provas ilícitas ou ilegais, em conformidade ao previsto no inciso LVI, do artigo 5º da Constituição Federal, e que será objeto de questionamento neste trabalho, em capítulo especial.

- c) Produção ou execução da prova: a fase de produção representa o conjunto de atos processuais que devem trazer a juízo os diferentes elementos de convicção postulados pelas partes.

Como no processo penal a posição das partes (acusação e defesa) é distinta, no tocante a produção, o exame será feito separadamente. Assim, para o órgão acusador, não se distinguindo entre ação pública e privada, para o oferecimento da denúncia ou queixa são exigidas previamente certas provas, como o interesse de agir, a legitimidade *ad causam* e o *fumus boni juris*.

Para a defesa, o momento oportuno para a produção da prova se dá no interrogatório do acusado, que, de regra, constitui o primeiro ato de instrução praticado na instância.

- d) Valoração ou avaliação da prova: consiste no exame valorativo das provas existentes no processo, atribuindo o juiz a elas a devida importância, conforme sua convicção.

Nesse sentido, vale citar trecho da obra de Camargo Aranha (1994, p.55), que afirma que:

Embora as partes possam influenciar, fornecendo elementos para a apreciação (por meio de alegações, razões, debates ou memoriais), a única avaliação válida no processo é a do juiz. Certa ou errada, concludente ou duvidosa, só a avaliação do juiz prevalece no feito. É um trabalho intelectual do julgador, porém não desordenado e livre, mas sujeito a critérios preestabelecidos.

Trata-se, portanto, de ato personalíssimo do juiz através do qual, mediante análise sucinta dos elementos probatórios trazidos pelas partes, chega-se a conclusão sobre o que foi alegado. Tal momento coincide com o próprio encerramento do processo.

## **2.5 Sistemas de Avaliação de Provas**

O juiz para proceder à avaliação da prova deve pautar-se por critérios estabelecidos por um sistema de avaliação. O juiz deve avaliar as provas e julgar procedente ou improcedente a ação, aplicando o direito ao caso concreto. Dentre os sistemas avaliatórios de provas, encontramos três:

- a) Sistema de regras legais; da prova legal; da certeza moral do legislador; da verdade legal ou formal; ou sistema tarifado: por esse sistema, que foi muito empregado no processo inquisitório medieval, a cada tipo de prova é atribuído, de antemão, um valor fixo, preestabelecido em lei, inalterável e constante, de modo que o juiz não é livre para proceder à avaliação. Ou seja, a formação da

convicção íntima do juiz não adviria de um convencimento propriamente dito, mas de um cálculo previamente fixado por lei e do valor dado a cada uma delas, ficando o julgador adstrito dosimetricamente a apreciação dentro da eficácia que a lei lhe atribui. Assim, a lei institui uma hierarquia entre as provas, não deixando nenhuma liberdade de apreciação. Logo, o juiz figura como escravo na aplicação da lei, sendo-lhe vedado externar na sentença qualquer motivação de índole pessoal decorrente de sua convicção com relação ao conjunto de provas amealhadas ao processo. Desse sistema se origina o brocado *testis unus, testis nullus*, através do qual o depoimento de apenas uma testemunha, ainda que minudenciado e verossímil, não tem nenhum valor.

- b) Sistema da íntima convicção; da livre apreciação; ou da certeza moral do juiz: trata-se de sistema totalmente oposto ao das provas legais, uma vez que o juiz decide *secundum conscientiam*. Em outras palavras, o julgamento fica a critério exclusivo do julgador, que não precisa dar as razões do seu convencimento. Neste sistema, a lei nada diz sobre o valor das provas, e o poder de decidir funda-se exclusivamente na certeza moral do juiz, dispensando-o de exteriorizar os motivos que o levaram a formar sua convicção. O juiz tem ampla liberdade de decidir, podendo, inclusive, valer-se de conhecimento particular a respeito do caso, das provas que tem e que não estão nos autos. Prevalece ainda existente entre nós, nos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados apenas respondem, sigilosamente, através de um “sim” ou “não”, sem necessidade de fundamentação.
- c) Sistema da persuasão racional; da livre convicção; da verdade real; ou do livre convencimento motivado: trata-se de um sistema intermediário. Neste, as provas não tem valor predeterminado nem peso legal. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Nesse contexto, o juiz tem ampla liberdade para valorar as provas e atribuir-lhes o valor que mereçam na formação de sua

convicção. Não fica adstrito a critérios valorativos e apriorísticos e é livre na escolha, aceitação e valoração. Todavia, ao proferir a decisão, deve justificá-la, com base nas provas colhidas, esclarecendo de que maneira foram valoradas e quais foram decisivas para o seu convencimento. Em suma: o juiz forma livremente o seu convencimento, mas sem arbitrariedade, porque a decisão há de ser fundamentada e só pode alicerçar-se sobre as provas existentes nos autos.

O sistema adotado pelo Código de Processo Penal é o da livre apreciação, conforme dispõe o artigo 157: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”, atendendo, assim, a necessidade de busca da verdade real.

Nada obstante, embora a legislação processual fale em livre apreciação, não restam dúvidas que o sistema adotado é e sempre foi o da persuasão racional. Em primeiro lugar, há a obrigatoriedade do juiz sempre motivar e fundamentar suas decisões, exteriorizando os motivos de sua convicção, dever este que encontra agasalho constitucional (art. 93, IX, da CF). Em segundo, o julgador somente pode decidir com base nas provas amealhadas para os autos, sendo vedado julgar por notícias ou fatos conhecidos fora dos autos ou por provas colhidas contra a lei.

Deste modo, o julgador brasileiro, como regra, não está adstrito à lei no que se refere à valoração da prova, assim como não tem liberdade total para apreciá-la, porque há a condição de que se limite a observar os elementos probatórios pertencentes ao processo.

Por fim, apesar da ampla liberdade de valoração das provas, existem regras de prova legal, isto é, casos excepcionais que somente podem ser demonstrados por provas especiais, como no caso da perícia nos delitos que deixam vestígios (art. 158, CPP) e a submissão do juiz penal à prova civil no que concerne ao estado das pessoas (art. 155, CPP).

## 3 PROVAS ILÍCITAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

### 3.1 Definição

O termo “ilícito” tem sua origem etimológica no latim *illicitus* (*il + licitus*), compreendendo dois sentidos: um, restrito, significando aquilo que é ofensivo às disposições legais e constitucionais, e outro, amplo e genérico, indicando o que é contrário à moral e aos bons costumes, reprovável pela opinião pública e proibido pelo direito.

Para Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha (1994, p. 46):

[...] o constituinte usou a expressão ‘ilícita’ em seu sentido genérico, pois não poderia esquecer as outras formas de expressão do direito, como os costumes e os princípios gerais de direito, ficando limitado à lei. Logo, o constituinte não poderia olvidar a moral, o costume e os princípios gerais de direito, fixando-se apenas na lei. O sentido é amplo, significando contra o direito em sua integridade.

Não há, no Brasil, um conceito exclusivo sobre prova ilícita ou prova produzida por meio ilícito, discrepando os autores a respeito do seu significado.

Assim, antes de entrarmos no campo da prova ilícita propriamente dita, cumpre conceituarmos e diferenciarmos as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

Segundo os ensinamentos do magistral professor da Universidade de Milão, Pietro Nuvolone, a imensa maioria da doutrina pátria, considera que as provas ilícitas são espécies das provas vedadas, ilegais, ou proibidas, que comportam, ainda, as provas ilegítimas. Vale gizar, que existem, ainda, outras denominações para as provas vedadas, tais como: ilegalmente obtidas ou produzidas, ilegitimamente obtida ou proibições probatórias.

Acompanhando essa terminologia, pode-se afirmar que a prova é vedada, em sentido absoluto ou relativo, toda vez que caracterizar violação de normas legais ou de princípios do ordenamento de natureza processual ou material. A prova é vedada em sentido absoluto quando o ordenamento, em qualquer hipótese, interdizer a sua produção. Por outro lado, haverá prova vedada em sentido

relativo quando, embora admitido o meio de prova, a sua legitimidade está condicionada à observância de determinadas regras previamente fixadas em lei.

Conseqüentemente, a vedação pode advir tanto de uma lei processual, quanto de uma lei material, de modo que a violação de uma proibição de natureza substancial conduz a ilicitude do ato, ao passo que a violação de uma proibição de ordem processual torna o ato ilegítimo.

Posto isto, podemos concluir que a prova vedada comporta duas espécies distintas: as provas ilegítimas e as provas ilícitas.

Na presente obra, preocupamo-nos especificamente com a prova ilícita, cuja vedação foi incluída pelo legislador constituinte no rol das garantias processuais penais, mas sobre a qual pairam as mais diversas indagações, notadamente quando confrontada com outros direitos e garantias fundamentais.

Ada Grinover, Scarance Fernandes, Gomes Filho (1992, p. 109), de forma extremamente clara, definiram prova ilícita, em sentido estrito, como sendo “a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição Federal e pelas leis, freqüentemente para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade”.

Abordando o assunto com proficiência, Luiz Francisco Torquato Avolio (2003, p. 39) leciona que:

A prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual [...] Diversamente, por prova ilícita, ou ilicitamente obtida, é de se entender a prova colhida com a infração a normas ou princípios de direito material, sobretudo de direito constitucional, porque, como vimos, a problemática da prova ilícita se prende sempre a questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana.

Desse modo, torna-se incontroverso o entendimento segundo o qual as provas ilícitas são aquelas obtidas com a violação de normas ou princípios de direito material, principalmente de direito constitucional, tendo em vista que a controvérsia acerca do assunto diz respeito sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e as garantias relativas à intimidade, à liberdade, à dignidade humana a integridade física e moral do indivíduo. O direito material

estabelece sanções próprias para a violação de suas normas, inclusive de índole penal. Assim, na hipótese de admissão de prova obtida por meios ilícitos, além de punição ao infrator que na colheita da prova ofender direitos e garantias constitucionais, ocorrerá a inutilização da prova.

Nesse contexto, estão assim proibidas as provas obtidas com violação de correspondência, de transmissão telegráfica e de dados, e com a captação não autorizada judicialmente de conversações telefônicas (art. 5º, XII); com violação de domicílio, exceto nas hipóteses de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou determinação judicial (art. 5º, XI); com violação de intimidade, como as fonográficas, de fitas gravadas de contatos em encontros de caráter privado e sigiloso (art. 5º, X); com abuso de poder, como a tortura, p.ex.; com a prática de outros ilícitos penais, como furto, apropriação indébita e assim por diante.

De outra banda, as ilegítimas são as inseridas no processo com desrespeito às normas ou princípios de direito processual, como por exemplo, a que determina a proibição de depor em relação a fatos que envolvam o sigilo profissional (art. 207 do CPP); ou o documento exibido em plenário do Júri, com desobediência ao disposto no artigo 475 do Código de Processo Penal. A sanção para o descumprimento dessas normas encontra-se na própria lei processual. Então, tudo se resolve dentro do processo, segundo os esquemas processuais que determinam as formas e as modalidades de produção da prova, com a sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade (AVOLIO, 2003, p. 44).

Referindo-se a prova ilícita à transgressão do direito material, a violação do preceito substancial ocorre no momento da colheita da prova, podendo ser anterior ou concomitante ao processo, mas externamente a este, enquanto que no caso da prova ilegítima a violação da norma processual se verifica em momento processual posterior à sua colheita, ou seja, no momento do seu ingresso no processo.

Disto, conclui-se que determinadas provas ilícitas podem, ao mesmo tempo, ser ilegítimas, se a lei processual também impedir sua produção em juízo. Aliás, para efeito de invalidade, pouco importa se a violação é de ordem material ou processual. Dizem Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho (1992, p. 113) que “ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição Federal considera a prova materialmente ilícita também

processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material”.

A prova ilegítima jamais produzirá efeitos no processo, eis que se realizada sem o amparo da lei processual penal, não tem qualquer valia. É considerada nula nos moldes do artigo 564, inciso III, do Código de Processo Penal. Cabe ressaltar que, se a prova for ao mesmo tempo ilícita e ilegítima, não trará dificuldades, pois será fulminada pela primeira (CAMARGO ARANHA, 1994, p. 44).

Destarte, sendo a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, não poderá ser utilizada no processo. Quanto a essa não-utilização, há exceções, que veremos com mais profundidade adiante.

Hodiernamente, uma e outra espécie de prova estão abarcadas pela proibição oriunda da *Lex Legum*, valendo a distinção, tão-somente, para fins didáticos, pois, nos dois casos, haverá manifesta ilegalidade.

### **3.2 As Provas Ilícitas e a Constituição Federal de 1988**

A Constituição Brasileira atual refuta, sem fazer qualquer ressalva, a utilização da prova obtida por meio ilícitos quando preleciona no artigo 5º, LVI, “que são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, inferindo-se que se refere a todo tipo de processo (civil, penal ou administrativo).

Não se pode esquecer que os fatos históricos anteriores à vigência da Constituição de 1988 concorreram fortemente para a austeridade da norma constitucional acerca da ilicitude da prova. Durante vários anos, reinou em nosso país o regime despótico, onde os direitos fundamentais não eram observados incolumemente e o Estado julgava-se no direito de ingerir na esfera individual de cada cidadão, praticando arbitrariedades, abusos, graves violações à intimidade e à vida particular das pessoas.

Como bem observa Barbosa Moreira (1997, p. 120):

[...] explica-se tal opção, em grande parte, por circunstâncias históricas. A Constituição foi elaborada logo após notável mudança política. Extinguiria-

se, recentemente, o regime autoritário que dominara o País e sob o qual eram muito freqüentes as violações de direitos fundamentais, sem exclusão dos proclamados na própria Carta da República então em vigor, como a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Ninguém podia considerar-se imune a diligências policiais arbitrárias ou ao grampeamento de aparelhos telefônicos. Quis-se prevenir a recaída nesse gênero de violências. É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação. Se puxarmos um pêndulo com demasiada energia em certo sentido e assim o mantemos por largo tempo, quando seja liberado ele, fatalmente, se moverá com força equivalente no sentido oposto.

Mesmo antes da Constituição atual, elas já não eram admitidas, por força do Código de Processo Civil, artigo 332, que permite apenas a utilização de meios probatórios legais e moralmente legítimos.

Nosso Código de Processo Penal, não detêm dispositivo genérico ou abrangente relativamente ao tema, como os demais citados, no sentido de fixar balizamento à produção de prova. Contudo, deparamo-nos, no título respectivo (VII do Livro I), inúmeras restrições à realização da prova. Podem ser mencionados os artigos 155, 206, 207 e outros, e, no procedimento do júri, os artigos 406, § 2º e 475.

Todavia, essas hipóteses não se referem à inadmissibilidade da prova ilícita, mas da prova ilegítima, pois estão previstas expressamente na lei processual, e sujeitas às sanções tipificadas pelo próprio sistema processual. Nada obstante, a falta de um preceito genérico restringindo a prova em nossa lei processual penal, seria inconcebível tolerar a efetivação de uma prova ilícita no processo penal comum, tendo em conta a proibição expressa advinda da Constituição Federal.

Cumprе consignar que, não apenas no processo a ilicitude probatória é inadmissível. Quando a norma constitucional em destaque exprime os dizeres "no processo", deve-se interpretá-la de maneira a incluir referida vedação ao inquérito policial ou qualquer outra forma de investigação criminal. Ora, se, de fato, existe a vedação da utilização da prova ilícita no desígnio de amparar o acusado, necessário estendê-la também ao indiciado, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

Em resumo: por força de preceito constitucional (art. 5º, LVI, da CF) e pela lei processual civil (art. 322), aplicada esta supletivamente ao processo penal, tem predominado o entendimento de que a vedação ao uso da prova ilícita é absoluta, não sendo possível ao juiz colocar, como fundamento da sentença, provas

obtidas ilicitamente, pois são totalmente ineficazes, não têm existência jurídica, reduzindo-se à categorias de não-ato, de não-prova.

Haveria de se refletir que em razão da conveniência de algumas provas para o desfecho de determinada causa penal elas fossem aceitas, no processo, independente da maneira como foram obtidas. Todavia, parte da doutrina vem, ao longo do tempo, firmando orientação pela inadmissibilidade dessas provas, pouco importando a sua relevância para o deslinde da causa penal. Abre-se mão, dessa forma, o princípio da verdade real em prol da vedação absoluta da prova obtida por meio ilícito. Ainda que sob ameaça da impossibilidade da apuração de uma infração penal de maior gravidade, não poderá o juiz valer-se, sob qualquer pretexto, de prova obtida por meio ilícito para condenar o réu, embora nela reste comprovada, sem sombra de dúvida, o esclarecimento da lide e a culpabilidade do acusado.

Nessa esteira de raciocínio, verifica-se que o acusado ostenta o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com respaldo em elementos probatórios amealhados de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem o Estado em sede de persecução penal.

Com efeito, sendo a prova ilícita inutilizável, vez que infamada pelo vício da inconstitucionalidade, obviamente não se reveste de aptidão jurídica para ensejar um decreto condenatório.

Em esplêndida expressão disseram a respeito Ada Grinover, Scarance Fernandes, Gomes Filho (1992, p. 110):

[...] a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes 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.

Embora examinada sob sua literalidade, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, LVI, fora muito inflexível no que se tange à inadmissibilidade das provas ilícitas.

Tanto que, ao longo dos anos, a doutrina e a jurisprudência, em sua maioria, passaram a mitigar a proibição das provas ilícitas, na tentativa de afastar

eventuais distorções que a rigidez da exclusão poderia gerar, em hipóteses de excepcional gravidade. Tal posicionamento encontra respaldo na teoria da proporcionalidade, que permite a avaliação das provas ilícitas em casos de extrema gravidade, haja vista que nenhuma liberdade pública pode ser considerada de natureza absoluta.

Antônio Scarance Fernandes (1984, p. 72), em brilhante síntese sobre o assunto, assim pugnou:

Por isso, já se começa a admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade, ou da ponderação quanto à inadmissibilidade da prova ilícita. Se a prova foi obtida para resguardo de outro bem protegido pela Constituição, de maior valor do aquele a ser resguardado, não há que se falar em ilicitude e, portanto, inexistirá a restrição da inadmissibilidade da prova.

Greco Filho (1991, p. 178) também encampa o entendimento de Scarance Fernandes:

O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito.

Dessa forma, a tendência atual é no sentido de vedar a produção de prova ilícita, vista como prova obtida com violação a garantia ou direito fundamental estabelecido na Constituição, mas há forte inclinação para se admitir a aplicação, no caso concreto, e em circunstâncias especiais do princípio da proporcionalidade, como veremos a seguir.

### **3.3 A Produção das Provas Ilícitas: Correntes Doutrinárias**

A questão das provas ilícitas tem suscitado inúmeros debates no mundo jurídico. Na verdade, no transcorrer da história, o que se vê é uma

discrepância doutrinária e jurisprudencial a respeito da admissibilidade da prova obtida de maneira ilícita.

Pergunta-se: seria conveniente apartar de um processo prova protuberante e eficaz, que possa conduzir à descoberta da verdade no processo penal, pelo fato de ser trazida aos autos com infringência à norma de natureza material? Ou, ao contrário, essa mesma prova deveria ser considerada e valorada pelo magistrado, reprimindo, somente pelo ilícito penal, civil ou administrativo cometido, quem a tivesse obtido de forma ilícita?

É essa a dúvida existente na doutrina e nos ordenamentos jurídicos de cada país e, que reflete o dilema de preferir-se que o crime assim investigado permaneça impune, ou de que a prova ilegalmente colhida seja produzida em juízo.

O jurista José Carlos Barbosa Moreira (1997, p. 109), analisando a questão das provas adquiridas com infração a uma norma jurídica, nos informa que existem duas teses radicais:

De acordo com a primeira tese deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtraia à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz, a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator. Já para a segunda tese, o direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.

Segundo o mesmo entendimento, Paulo Rangel (2005, p. 400) cita a existência de pelo menos quatro posicionamentos doutrinários distintos:

1) a prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem a produziu pelo crime eventualmente cometido (Cordero, Tornaghi, Mendonça Lima); 2) o ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não admite que a prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, seja aceita no âmbito do processo (Nuvolone, Frederico Marques, Fragoso, Pestana Aguiar); 3) é inadmissível a prova obtida com violação de norma constitucional por sua inconstitucionalidade (Cappelletti, Vigoriti, Comoglio); e 4) a prova obtida com violação constitucional pode ser admitida em casos excepcionais, quando os valores também constitucionalmente protegidos que se visava resguardar com a obtenção ilícita forem mais relevantes do que os

infringidos na colheita da prova (Baur, Barbosa Moreira, Renato Maciel, Hermano Duval, Camargo Aranha e Moniz Aragão).

A seguir, passaremos a analisar pormenorizadamente tais posições.

### **3.3.1 Pela inadmissibilidade das provas ilícitas (teoria obstativa)**

A teoria obstativa sustenta a inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, em qualquer hipótese, pouco importando a relevância do direito em debate e ainda quando inexistir norma processual que a considere inadmissível.

Para esta teoria, o direito não deve amparar alguém que tenha violado preceito legal para obter qualquer prova, com prejuízo alheio. Nestas hipóteses, o juiz tem o dever de determinar *ex officio* o desentranhamento dos autos da prova ilicitamente obtida, não lhe reconhecendo eficácia.

A influência doutrinária, dessa tese, repercutiu no plano legal, e os sistemas jurídicos vêm regimentando a matéria com idêntica finalidade: não admitir no processo as provas obtidas com infração de uma norma jurídica. No entanto, cada um o fez à sua maneira: seja estabelecendo proibição genérica, seja ofertando um rol exemplificativo de meios proibidos de prova.

O legislador constitucional brasileiro de 1988 também tratou do assunto, inserindo no Título II da Constituição, no capítulo destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos, o regramento disposto no artigo 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo as provas obtidas por meios ilícitos”. Em decorrência, se a Lei Maior assim o diz, evidente não mais poderem ser admitidas àquelas provas obtidas em afronta à dignidade humana e àqueles direitos fundamentais de que trata a Lei das Leis.

Assim, são vedadas as buscas domiciliares ao arripio da lei, as confissões e depoimentos conseguidos através de processos condenáveis, as cartas interceptadas ou obtidas por meio criminosos, a gravação de conversa ou de cenas fotográficas ou cinematográficas das pessoas em seu círculo privado, ou em circunstâncias íntimas ou que lhes sejam particularmente penosas (TOURINHO FILHO, 1997, p. 232).

No momento que o legislador constituinte instituiu como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita, teve em mente restringir o princípio da liberdade da prova, ou seja, o juiz tem ampla liberdade de averiguar os fatos – verdade real –, porém esta investigação não deve ferir limites existentes dentro de um processo ético movido por princípios políticos e sociais que tem por escopo a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Cumprе salientar que, foi nos Estados Unidos da América a primeira decisão no sentido de afastar do processo provas obtidas por meios ilícitos, tanto que a Suprema Corte norte-americana inspirou a construção das chamadas *exclusionary rules* (regras que excluem a admissão de certas provas em processo judicial), cuja fonte essencial é a IV Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que concede proteção constitucional contra buscas e apreensões arbitrárias (diz a IV Emenda da Constituição norte-americana, em tradução livre: “O direito das pessoas de estarem seguras em suas pessoas, papéis e efeitos contra exorbitantes buscas e apreensões, não poderá ser violado, e não se expedirão mandado, a não ser com base em *probable cause*, fundamentados em juramento ou afirmação, e particularmente descrevendo o lugar a ser procurado e as pessoas ou coisas a serem detidas”).

Em suma, a aludida teoria apoia-se no fato de que a prova ilícita deve ser sempre rejeitada, reputando-se assim não apenas a afronta ao direito positivo, mas também aos princípios gerais do direito, especialmente ao Princípio da Moralidade, que norteia os atos praticados pelo Estado, entre nós fixado na Constituição Federal.

Ocorre que, a partir desse entendimento, surgiram três correntes pregando a inadmissibilidade da prova ilícita, cada qual com fundamento específico e distinto, quais sejam:

1. A primeira delas tem por fundamento a unidade e indivisibilidade do ordenamento jurídico. Assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei material, possa ser aceita no âmbito processual.

Camargo Aranha (1994, p. 49) preleciona que:

O direito é um todo unitário, formando um universo, e não composto por compartimentos estanques, por áreas separadas e irreduzíveis. Ora, se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admissível no processo, ainda que não seja instrumental a norma violada. Não se pode admitir que o mesmo fato seja objeto de julgamentos diferentes: condenado e prestigiado, apenas porque dividiu-se o direito em ramos autônomos. O ilícito, desde que reconhecido, contamina todo o direito e não somente partes separadas.

Ada Pellegrine Grinover (1982, p. 109) também faz menção a essa teoria:

Sendo a ilicitude um conceito geral do direito, e não conceito especial de seus ramos, o princípio de que é nulo e inválido é também geral; e assim, para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo. Basta o fato de que tenha sido ela obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza. Especialmente quando estas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção, processual ou extraprocessual, da referida prova.

2. A segunda tem como base o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado, ou seja, o Estado, no exercício do *jus puniendi*, tem a obrigação de praticar atos moralmente legítimos, não podendo através de meios ilícitos violar direitos individuais e garantias constitucionalmente asseguradas.

De novo se transcreve o comentário de Camargo Aranha (1994, p. 49) “como o mundo jurídico reconhece em favor do estado uma presunção de legalidade e moralidade de todos os atos praticados, não se pode admitir por parte de seus agentes o uso de meios condenáveis, ombreando-se aos marginais combatidos”.

Essa vertente tem por base a impossibilidade de o Estado investir em práticas repressivas que refusam a consciência de país democrático, numa imoral competição com os criminosos no cometimento de violência e atos de desumanidade.

Dessa forma, inevitável, portanto, que a prova seja concebida de forma idônea ao fim a que se destina, isto é, que seja obtida ou produzida licitamente.

3. Finalmente, o princípio preconiza que a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional será inconstitucional,

por atingir valores fundamentais do indivíduo, inseridos, dentro do Estado Democrático de Direito, no capítulo constitucional dos direitos e garantias individuais. Dessa forma, não vigora mais, em sua totalidade, o princípio da busca da verdade real, de modo que devem ser fixadas algumas restrições à obtenção da prova, a fim de que sejam observados os direitos personalíssimos e os direitos fundamentais.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 prevê direitos e garantias individuais contra a intervenção punitivo-arbitrária do Estado e, por outro lado, assentou restrições à própria atuação da Justiça Criminal em face dos direitos fundamentais do investigado ou acusado no processo penal.

Nesse diapasão, são inúmeras as inviolabilidades postas como garantias na Constituição Federal para salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (art. 5º, XII), inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5º, XII). A Lei Maior protege, igualmente, o homem contra a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), e resguarda o preso em sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX). A violação destas e de outras garantias individuais de natureza constitucional para a produção de prova acarreta a formação de prova ilícita.

Bem observa José Frederico Marques (1965, p. 294) que:

[...] várias limitações, decorrentes dos postulados constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana, impedem que, para a procura da verdade, lance-se mão de meios condenáveis e iníquos de investigação e prova, além de outros fundados em superstições, credices ou práticas não mais consagradas pela ciência processual [...] inadmissível é, na Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória.

Isso significa dizer que, conquanto no processo penal o objetivo da instrução probatória seja a busca da verdade real, os órgãos incumbidos da persecução penal acham-se intrinsecamente atrelados pela legalidade quando

direcionados a investir contra a esfera privada constitucionalmente protegida do cidadão, ainda que suspeito ou acusado da prática de uma infração penal.

Aquele objetivo não pode ser perseguido de forma absoluta, de forma atropelar os preceitos Magnos do Estado Democrático de Direito, estando submetido a limitações e proibições formais e materiais.

Desse modo, dada a circunstância de que, colhida a prova, ofendidos são os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, a prova amealhada fica inquinada pelo vício da inconstitucionalidade, não podendo predominar em qualquer campo do direito.

Paulo Rangel (2005, p. 415) esclarece que:

A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar, [...] um dos limites impostos à busca da verdade é o respeito à dignidade humana, sendo proibidas em nosso sistema constitucional as provas obtidas por meios ilícitos. Neste caso, o juiz vê-se impedido, diante do binômio defesa social x direito de liberdade, de prosseguir na busca da verdade sem ofender um dos direitos e garantias fundamentais.

Inadmite-se, assim, a adoção, na esfera processual penal, da velha máxima de que “os fins justificam os meios”, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória. Em conseqüência, a tortura, as brutalidades e toda conduta atentatória à integridade física e psíquica devem ser solapados da investigação e da instrução, bem assim, todos os procedimentos desleais, como, por exemplo, a captação clandestina de telefonemas, o emprego de microfones dissimulados e do registro, em aparelhos telefônicos, de conversações íntimas.

Aludida teoria aduz, ainda, pela impossibilidade de utilização da teoria da proporcionalidade como critério limitador do gozo dos direitos fundamentais, e, como conseqüência, como meio de legitimar a admissão de prova violadora de direitos fundamentais, mormente porque não se pode fixar um percentual exato na medição dos interesses em jogo.

Ademais, o Estado, para assegurar eficazmente a segurança pública, bem assim para a recuperação da ordem profundamente abalada, deve, antes de

tudo, utilizar-se dos meios preventivos que têm legalmente a sua disposição, tendo como escopo, com isso, impedir lesão ou nova lesão a bem ou interesse juridicamente assegurado; não pode, sob o pretexto de “preservar” a segurança pública, logo após o cometimento do delito, violar direitos fundamentais conferidos a todos os cidadãos através da obtenção ou produção de provas ilícitas, reprimindo pura e simples o suspeito da prática da infração penal noticiada.

Diante de tudo o que foi exposto, de maneira geral, podemos concluir que, para a Teoria Obstativa, a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos constitui-se regramento expressamente proibido, de eficácia plena e aplicabilidade instantânea, assegurando a efetividade dos direitos e demais garantias conferidas aos acusados em geral – por exemplo, integridade física, liberdade, dignidade, intimidade, sigilo das comunicações telefônicas, etc. –, frente às investidas abusivas e arbitrárias do Estado. Além disso, figura como regra restritiva de outros princípios, tais como a liberdade de prova, a ampla defesa e, principalmente, a busca da verdade real.

Contudo, desde já, cumpre ressaltar que é inconcebível imaginar, no tocante a admissão de provas ilícitas no processo, alguma situação onde não se encontre como violado um dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Desse prisma, a posição, hoje predominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, produzidas a partir da violação e princípios ou normas constitucionais, vem, porém, amenizada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos extremamente graves. Trata-se do Princípio da Proporcionalidade, que possibilita a abertura de prerrogativas para que se faça uso das provas obtidas por meios ilícitos em determinadas situações concretas, quando colidentes direitos fundamentais.

Nesta perspectiva, cumpre-nos adiante elucidar a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade nesta problemática causada pela utilização ou não de provas ilicitamente obtidas.

### 3.3.2 Pela admissibilidade das provas ilícitas (teoria permissiva)

Na matéria atinente às provas ilícitas, a doutrina procura fornecer meios sólidos aos julgadores para que eles possam realizar uma melhor análise da sua problemática em face da necessidade de sua admissibilidade em muitos casos.

Assim, a Teoria Permissiva, com sustentáculo nos princípios do livre convencimento do Juiz e da busca da “verdade real”, sustenta que deve prevalecer, em qualquer caso, o interesse da Justiça no descobrimento da verdade. Isto é, respeitável, pois, a tendência de não se estabelecer qualquer tipo de limitação à produção da prova sob pena de ser privado o interesse do Estado na justa atuação da lei.

A ilicitude da obtenção da prova não retira seu valor, mormente quando constituiu elemento útil à formação do convencimento do juiz; a prova obtida irregularmente será admissível, sem prejuízo da punição a que se sujeitará o infrator da norma legal. É a teoria que se convencionou denominar *male captum, bene retentum*, vale dizer, mal colhido (no momento material) porém bem conservado (no momento processual).

Como nos ensina Fernando da Costa Tourinho Filho (1997, p. 233):

Parte da doutrina entende que nada impede a admissão de provas ilícitas no Processo Penal. Se a prova foi conseguida com transgressão a normas de Direito Penal, de Direito Civil ou de Direito Administrativo, por exemplo, o seu autor sujeitar-se-á às sanções respectivas, nada impedindo sua admissão no processo. ‘Quem agiu contra jus deve ser punido, mas a prova é validamente introduzida no processo, toda vez que a lei processual não impeça: *male captum bene retentum*’.

Desta forma, como o processo visa sempre a descoberta da verdade real, supõe-se que, se a prova ilegalmente obtida ostentar essa verdade, seja ela aceita. Nesse caso, deverá de ser instaurado, em detrimento daqueles que obtiveram a prova de forma ilícita, o devido processo penal, de forma a apurar a infração cometida.

Isto pode ser verificado, por exemplo, no caso do agente que adentra na casa de suspeito da prática de uma infração penal sem o competente mandado

de busca para apreender produto de crime. A *res furtiva* ali apreendida serve, efetivamente, de prova no processo, ficando ele, no entanto, sujeito às penas do crime de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65, § 3º, letra “b”). Ou também, no caso de fotografia granjeada mediante violação da intimidade, bem como a confissão de um seqüestrador obtida por meios de tortura.

Corroborando esse entendimento, qual seja, de tolerar o uso de prova processual colhida em desrespeito à norma de direito material, traz-se à colação o ensinamento de Ovídio Baptista da Silva (1997, p. 301):

A corrente que defende em qualquer caso a possibilidade do emprego de provas obtidas por meios ilegítimos, afirma que a solução contra a ilicitude praticada pela parte não deve ser a proibição de que ela faça uso da prova assim obtida, mas sua sujeição ao correspondente processo criminal para punição pela prática do ilícito cometido na obtenção da prova. Assim, se um marido penetra clandestinamente na residência de alguém para documentar fotograficamente, ou por qualquer outro meio mecânico ou eletromagnético, a prática de um adultério de sua mulher, deverá responder pelo crime de invasão de domicílio, porém jamais ser impedido de comprovar em juízo o adultério, através da prova por tal forma obtida; e nem teria sentido, pretender-se que o juiz, depois de indubitavelmente convencido da existência do adultério, demonstrado por meio dessa prova criminosamente obtida, devesse julgá-lo não provado e improcedente a ação de separação nele fundada.

Fernando de Almeida Pedroso (1994, p. 163), dentre os nacionais, é adepto a essa corrente doutrinária. Sustenta que se o fim principal do processo é a busca da verdade real, ponderável é que, se a prova irregularmente obtida revelar essa verdade, ela deve ser admitida, sem olvidar-se o Estado da punição em desfavor do agente que infringiu as disposições legais e os direitos do réu.

Entretanto, a admissibilidade das provas ilícitas não está condicionada única e exclusivamente na busca da verdade real. Longe disso. Na verdade, a prova ilícita somente será rechaçada do processo se a lei processual assim a determinar.

A propósito, Antônio Scarance Fernandes (2002, p. 84) aduz sobre a possibilidade de admissão de prova ilícita “quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido”.

Diz a professora Grinover (1982, p. 105) que “a admissibilidade das provas julga-se segundo a lei processual; quem agir contra o *ius* deve ser punido,

mas a prova é validamente introduzida no processo, toda vez que a lei processual não o impeça”.

Desse modo, a prova ilícita apenas será passível de sanção processual quando for também ilegítima. Fora daí sua admissibilidade é pesquisada somente pelas normais processuais, não se questionado, nesse instante, sobre a ilicitude da qual se originou, e que ensejará a punição de seu autor no plano do direito material violado.

Portanto, para os adeptos desta teoria, o problema jurídico da admissibilidade da prova não se relaciona à forma pela qual ela foi angariada: o importante é verificar se sua introdução no processo é consentida, sendo irrelevante a consideração do uso dos meios utilizados para colhê-la.

Em conclusão: a prova é válida, embora ilícita, desde que processualmente legítima. Nada obstante, não aparenta ser esse o mais sensato dos posicionamentos, à proporção que a própria Constituição decreta a proibição da utilização da prova obtida por meios ilícitos no processo.

### **3.4 Princípio da Proporcionalidade e as Provas Ilícitas (Teoria Intermediária)**

Já vimos que, funcionando como um limite para o princípio da verdade real, a Constituição Federal vigente, em seu artigo 5º, LVI, assevera que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito”. Portanto, se a obtenção de prova é limitada, seu limite está nas normas positivas, de maneira que será ilícita toda prova que ofender direitos e garantias individuais de natureza material ou processual, ainda que relevante para o deslinde da causa em debate e até mesmo quando inexistir norma processual que a considere inadmissível (Teoria Obstativa – vide tópico 3.3.1).

Em contra partida, com apoio nos princípios do livre convencimento do Juiz e da busca da “verdade real”, já se sustentou que a ilicitude da obtenção da prova não subtrai seu valor, principalmente quando seja elemento útil à formação do convencimento do Juiz; a prova colhida ilicitamente será admissível, entretanto, o

infrator da norma legal não estará livre de punição (Teoria Permissiva – vide tópico 3.3.2).

Ocorre que, nenhuma das correntes acima transcritas conseguiu resolver de maneira suficiente e razoável a problemática das provas ilicitamente obtidas.

De um lado, porque admitir no processo provas ilícitas e, em seguida, simplesmente punir aquele que cometer o ilícito significa, ao mesmo tempo, incentivar a prática de atos ilícitos por agentes públicos ou por particulares, bem como estimular violações imperdoáveis aos direitos fundamentais. De outro, não se pode admitir que a vedação constitucional constitua instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, notadamente nos dias atuais, onde a prática do crime organizado vem assolando cada vez mais a vida em sociedade.

Assim, entre a teoria obstativa e a teoria permissiva, surgiu a intermediária, que, por sua vez, não se posiciona nem pela inadmissibilidade absoluta da prova ilícita (teoria obstativa), tampouco a admissibilidade absoluta da prova ilícita (teoria permissiva). Nesse sentido destaca-se o princípio da proporcionalidade como critério limitador dos direitos fundamentais.

Isto se dá, porque os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, e podem ser relativizados na medida em que sua proteção integral dimana na negativa de resguardo de outro direito ou garantia igualmente prenunciado na Constituição como fundamental, através do juízo de ponderação dos direitos conflitantes no caso concreto.

A relatividade dos direitos fundamentais está intimamente relacionada com o princípio da proporcionalidade, conforme lembra Alexandre de Moraes (2000, p. 46-47):

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade constitui instrumento de restrição à moderna doutrina constitucional de proibição das provas ilícitas, prevendo sua utilização sempre que o interesse tutelado se sobrepuser à tutela de outro de menor valia.

Assim, no embate de bens jurídicos diversos, despreza-se um deles em favor do outro, considerado de maior relevância, uma vez que as vantagens da providência superam, de longe, as desvantagens oriundas da transgressão da norma protetora de um valor, considerado, nas circunstâncias, como menor.

Ainda que as provas ilícitas venham a infringir a Constituição Federal, devem ser aceitas pelo juiz em certos casos para equilibrar valores fundamentais contrastantes. Pois há o escopo de se socorrer interesses mais relevantes constitucionalmente que os violados pelas provas ilícitas. Assim, se, no caso concreto, persistam valores mais relevantes, a vedação legal às provas ilícitas é anulada.

Discorrendo sobre o critério da proporcionalidade, esclarece Ada Pellegrini Grinover (1992, p. 110):

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 corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *verhältnismässigkeitsprinzip* (*sic*), ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

Sobre o assunto também se posicionou Camargo Aranha (1994, p. 50):

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 o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado.

De acordo com Luiz Francisco Torquato Avolio (2003, p. 60):

[...] para que o Estado atenda aos interesses da maioria respeitando os direitos fundamentais, é necessária a existência de normas que pautem sua atividade e que, em alguns casos, nem mesmo a vontade da maioria seja capaz de derrogar (Estado de Direito). É necessário ao Estado, ainda, reconhecer e utilizar um princípio regulador para ponderar até que ponto dar-se-á preferência ao todo ou às partes (princípio da proporcionalidade).

Antônio Scarance Fernandes (2002, p. 86), apesar de afirmar que o legislador constitucional teve por fim estancar o dissídio doutrinário e jurisprudencial sobre a admissibilidade das provas ilícitas, vedando-as expressamente, aduziu que “é interessante mencionar duas situações que mostram a necessidade de se admitir o critério de proporcionalidade”.

Exemplifica com caso verídico de violação de correspondência de preso em certo estabelecimento penitenciário, quando se descobriu plano de fuga e de um seqüestro de um juiz de direito, e com outro caso, em que o réu obtém interceptação telefônica não autorizada, em contradição, portanto, à Constituição Federal e, agora, à Lei n. 9.296/96, mas era a única forma de provar sua inocência.

Assim, no primeiro caso, como a violação de correspondência é vedada pela Constituição Federal (art. 5º, XII), a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria que pudessem ser usadas como prova as cartas interceptadas, pois, sendo obtidas por meio ilícito consistente em afronta à referida vedação constitucional, não seriam admitidas em eventual processo criminal. No entanto, deve sobrepor a prevalência de se evitar fuga do presídio e o seqüestro do juiz, protegendo sua incolumidade física e sua vida, o que justificaria as violações das correspondências dos presos. Aqui, a prova obtida não será considerada ilícita e, por isso, não há afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo (FERNANDES, 2002, p. 86-88).

No segundo caso, temos caso típico de prova ilícita *pro reo*, em que a inadmissibilidade da prova ilícita afirmada no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal cede terreno a outro preceito constitucional, o que assegura a todo réu a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV) (FERNANDES, 2002, p. 88).

E arremata, dizendo que “são ocorrências como estas que impulsionam a doutrina e a jurisprudência a admitir exceções à regra constitucional quando, no caso, outro valor fundamental mereça ser protegido, valor que, pó si, se apresente mais relevante do que o bem atingido com a obtenção da prova” (FERNANDES, 2002, p. 88).

Cumprе consignar que, quando o direito de maior importância for o ofendido, neste caso, tal direito deverá ser amparado pelo Poder Judiciário e, conseqüentemente, a prova ilícitamente obtida não deverá ser acolhida. Do contrário, isto é, se o direito objeto da prova ilícita ostentar maior protuberância que o direito violado pela ilicitude na obtenção da prova, a prova ilícita deverá ser aceita no processo, pois, se nesses casos as provas ilícitas não fossem colhidas, poderiam ocorrer resultados desproporcionais.

Neste ínterim, a prova ilícita somente será levada em consideração em situação excepcional ou em casos de extrema gravidade.

Porém, certamente não é tranqüila a função do julgador quando da valoração desses direitos colocados em confronto, já que ambos possuem pesos distintos conforme a situação concreta que se apresentam.

Para que o juiz proceda a operação de ponderação dos interesses conflitantes, afim de saber se é cabível a utilização da prova irregular, ele deverá ater-se, quando da comparação com outro bem, aos seguintes aspectos: “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, o vulto do dano causado e outras circunstâncias” (MOREIRA, 1997, p. 109).

De maneira geral, compete ao magistrado fixar uma prevalência axiológica de um dos bens, sopesando os interesses e direitos postos em questão de acordo com os valores existentes no momento da apreciação, decidindo qual bem deve ser sacrificado e em que medida, predominando sempre o de maior relevância.

No entanto, esse cotejo dos bens em confronto não deve ser realizado de forma abstrata, mas sim concretamente tendo em vista que o princípio da proporcionalidade tem como exigência a ponderação dos direitos ou bens jurídicos

que estão em jogo conforme o peso que é conferido ao bem respectivo em determinada situação.

Nesta acepção, a respeito da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade na persecução penal, vale citar o exemplo trazido por Nelson Nery Júnior (1999, p. 163-164):

Se o direito à inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, CF) e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF) são garantidos pela Constituição Federal, não menos verdade é que existem outros direitos igualmente tutelados pelo texto constitucional, como, por exemplo, o direito à vida e liberdade, mencionados como bens jurídicos de extrema importância, já que vêm no próprio caput do art. 5º da CF, antes, portanto, da enumeração dos demais direitos fundamentais. Como não pode haver incompatibilidade entre preceitos constitucionais, é preciso que direitos constitucionais aparentemente em conflito ou antagônicos, sejam harmonizados e compatibilizados entre si pelo intérprete e aplicador da norma. Assim, se a vida estiver sendo ameaçada por telefonemas, o direito à intimidade e da inviolabilidade da comunicação telefônica daquele que vem praticando a ameaça à vida de alguém deve ser sacrificado em favor do direito à vida. A justificativa decorre do sistema constitucional, no qual encontra-se inserido o princípio da proporcionalidade, como corolário do estado de direito e do princípio do devido processo legal em sentido substancial.

Portanto, o fim almejado pelo princípio da proporcionalidade quando da sua utilização nas provas ilícitas não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-os ao bem-estar social; só poderá limitá-los quando em colisão com interesses maiores da sociedade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.

Especificamente em relação ao processo penal, discute-se se o princípio só pode ser aplicado em benefício do acusado ou também em favor da acusação. Uma parcela considerável da doutrina já vislumbra a possibilidade de se aceitar uma prova ilícita valendo-se da operacionalização do princípio da proporcionalidade e grande parte assim o faz, muitos em benefício do acusado e alguns em benefício da sociedade. Entretanto, não se cuida invocar o princípio em favor do acusado ou acusação, mas de verificar-se, no caso concreto, a restrição ao acusado é adequada, necessária e se justifica em face de valor maior a ser protegido.

### 3.4.1 Princípio da proporcionalidade e a prova ilícita *pro reo*

A vedação da utilização de prova obtida por meio ilícito é uma garantia do particular contra o Estado. Logo, partindo-se dessa premissa, a prova obtida de forma ilícita só não poderia ser usada pelo Estado quando contrariar os interesses do acusado, haja vista que este, perante aquele, é exacerbadamente "fraco", necessitando, indubitavelmente, que seus direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, sejam observados, a fim de que o Poder Estatal seja limitado.

No artigo 5º da Constituição, ao lado do dispositivo que veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos, denota-se, que, ali, igualmente, estão protegidos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, como, aliás, resulta destacado no *caput* do dispositivo.

Destarte, seria razoável deixar de lado tais direitos à vida, à liberdade, etc., quando em confronto com a limitação advinda do inciso LVI do artigo 5º da Carta Magna? Ou seja, deveria o criminoso ficar impune, ou, pelo contrário, o juiz necessariamente terá a chance de pôr na balança os direitos e os valores postos em contraste, conferindo ao caso concreto a solução mais justa?

É neste sentido que a incidência do princípio da proporcionalidade *pro reo* manifesta-se sem maiores problemas e apresenta maior número de adeptos, vez que, neste caso, valendo-se de uma prova ilícita em favor do acusado, mesmo que com transgressão de direitos fundamentais seus ou de terceiros, o direito do particular continuaria protegido diante do poder do Estado.

A utilização de prova ilícita em favor da defesa é recebida unanimemente pela doutrina em fidelidade ao direito de defesa e ao princípio do favor rei. Neste caso, quando o réu logra conseguir uma prova obtida por meio ilícito, entende-se haver confronto do princípio da proibição da prova ilícita com o princípio da ampla defesa do réu, devendo prevalecer este. Entre considerar culpado um inocente e a utilização da prova ilícita que pode levar à absolvição do réu, não resta dúvida que sobreleva, com valor maior, a liberdade individual. Tal posição atenua, indubitavelmente, o rigor da inadmissão absoluta das provas ilícitas.

Na verdade, se a inadmissibilidade das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, não pode repugnar à comum consciência jurídica do fato de a defesa conseguir por meio ilícito prova que demonstre a inocência do imputado. É preciso que “nos pratos afilados da balança sejam pesados os bens jurídicos envolvidos e, à evidência, a tutela do direito de liberdade do indivíduo é um valor mais importante para a sociedade que a tutela do outro bem protegido pela proteção ao sigilo” (TOURINHO FILHO, 1997, p. 236).

Afirmando os argumentos acima expandidos, César Dario Mariano Silva (2005, p. 23), dispõe que, “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”.

O eminente doutrinador Gomes Filho (1997, p. 06-07), entende da mesma forma, e assim exemplifica:

No confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição de um inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado; é nesse sentido, aliás, que a moderna jurisprudência norte-americana tem afirmado que o direito à prova de defesa é superior.

Outro entendimento que favorece a utilização das provas ilícitas em prol do acusado é o que emoldura esta atitude no rol das excludentes de ilicitude, tais como legítima defesa e estado de necessidade. Isto é, a ilicitude é eliminada por causas excludentes, diante da prevalência do princípio da inocência, possibilitando, portanto, que o acusado utilize em sua defesa, provas colhidas em desacordo com normas de direito material, vez que é obrigado ao uso de prova ilícita em defesa da sua liberdade.

Alexandre de Moraes (2003, p. 265-266) cita alguns exemplos: a vítima, ameaçada e coagida, poderia realizar uma gravação clandestina, sem o conhecimento do interlocutor, em legítima defesa de sua liberdade pública (liberdade), utilizando-a no processo para comprovar a prática da extorsão; o filho,

vítima de maus-tratos e sevícias, poderia utilizar uma gravação clandestina contra o pai, agressor, em legítima defesa de suas liberdades públicas (liberdade, integridade física); a família do seqüestrado poderia utilizar uma possível “carta confidencial”, remetida pelos seqüestradores do ente querido, para comprovar o seqüestro judicialmente e contribuir para a libertação do seqüestrado, vítima da agressão aos seus direitos humanos fundamentais (liberdade, integridade física etc.).

Leciona o autor acerca do tema (2003, p. 265-266):

Não se trata do acolhimento de provas ilícitas em desfavor dos acusados e conseqüentemente, em desrespeito ao art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. O que ocorre na hipótese é a ausência de ilicitude dessa prova, vez que aqueles que a produziram agiram em legítima defesa de seus direitos humanos fundamentais, que estavam sendo ameaçados ou lesionados em face de condutas anteriormente ilícitas.

No caso, não se questionaria em proibição de prova ilícita porquanto tal regra estaria eliminada por uma causa justificadora.

Nesse sentido, Paulo Rangel (2005, p. 426):

Assim, surge em doutrina a teoria da exclusão da ilicitude, onde a conduta do réu é amparada pelo direito e, portanto, não pode ser chamada de ilícita. O réu, 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. [...] Dessa forma, é admissível a prova colhida com (aparente) infringência às normas legais, 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 (aparentemente) colhidas ao arrepio da lei.

Luiz Flávio Gomes (2001) igualmente é partidário deste entendimento, pois afirma que no caso de alguém que, injustamente, é acusado pela prática de um determinado crime e, através de uma escuta não autorizada judicialmente, consegue obter uma prova ilícita que, entretanto, venha demonstrar sua inocência, poderá ser perfeitamente utilizada pelo acusado como prova, uma vez que a mesma seria determinante para a sua absolvição.

Da mesma opinião é também Júlio Fabbrini Mirabete (2004, p. 280):

Assim, há o entendimento na doutrina nacional e estrangeira de que é possível a utilização de prova favorável ao acusado ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, quando indispensáveis, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a gravação de conversação telefônica, em caso de extorsão, p.ex.), traduz hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude. A proporcionalidade vale-se da “teoria do sacrifício”, segundo a qual, no caso concreto, deve prevalecer aquele princípio que parece ser o mais importante.

E Ada Pellegrini Grinover (1992, p. 111):

Aliás, não deixa de ser, em última análise, manifestação, do princípio da proporcionalidade a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros. Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do favor rei. Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade. (grifo nosso)

Por conseguinte, assim agindo – em legítima defesa – a ilicitude na obtenção da prova é excluída, não incidindo, portanto, o inciso LVI, do artigo 5º, da Carta Magna, pois, no dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição.

Neste caso, emerge-se outro direito fundamental - o direito à liberdade que, ao lado da vida, afigura-se como o bem mais valioso do cidadão, de maneira que seria intolerável que uma prova ilícita, muito embora apta a garantir o *jus libertatis* do acusado, fosse banida do processo. Não se trata de exceção ao artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, mas de mera harmonização dos dispositivos constitucionais.

Aliás, as Mesas de Processo Penal, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, chegaram à conclusão consubstanciada nas seguintes súmulas:

Súmula n. 48 – Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material;

Súmula n. 49 – São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa;

Súmula n. 50 – Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.

Cumprido ressaltar, ainda, que, não há, nesse caso, perigo de instituição de precedentes perniciosos em favor de arbitrariedades e abusos de poder na captação da prova processual penal em detrimento dos direitos e garantias fundamentais dos suspeitos da prática de um crime, haja vista que a legítima defesa tem características específicas, que devem obrigatoriamente e extreme de dúvida estar preenchidas para produzirem as conseqüências jurídicas dela decorrentes.

Ao depois, ainda que a prova inquinada pela ilicitude seja em defesa do acusado, só poderá ser acolhida em caráter excepcional e em casos extremamente graves, e se sua obtenção e admissão puder ser considerada como a única forma, possível e razoável, para preservar outros valores individuais considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso.

Em conclusão, como regra geral não serão aceitas na instrução probatória provas coligidas com violação a direito material por flagrante incompatibilidade com o inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal.

Excepcionalmente, no embate entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência, admitir-se-á prova ilícita em favor do réu quando seja meio eficaz de evitar condenação injusta, pois presente a legítima defesa, excludente de ilicitude da obtenção da prova, e, também, porque ao próprio Estado não pode interessar a reprimenda de um inocente, o que, certamente, significaria a impunidade do verdadeiro culpado.

### **3.4.2 Princípio da proporcionalidade e a prova ilícita *pro societate***

Diferentemente se sucede quando o Estado faz uso de provas ilícitas para impor a condenação de um indivíduo, haja vista que a acusação, principalmente a exercida pelo Ministério Público, tem por finalidade primordial

resguardar os valores fundamentais da coletividade amparados pela norma penal. Assim, a princípio não seria possível a utilização da proporcionalidade pelo Estado para acusar, processar e condenar um indivíduo.

Primeiro, pela inconstitucionalidade da prova que, por ser ilícita, não se destina a demonstrar o fato e a autoria com intuito de repreender um criminoso, haja vista que o princípio foi difundido para impedir justamente intervenções impróprias do Estado, titular da persecução penal, na esfera dos direitos e garantias fundamentais do homem.

Segundo, como decorrência lógica dos princípios parciais da proporcionalidade, acima estudados.

De fato, o meio não será necessário, uma vez que os órgãos estatais, incumbidos da *persecutio criminis*, têm em seu poder outros meios igualmente eficazes, mas que seriam menos lesivos ou detentores de uma limitação mais restrita a direito fundamental.

De outra parte, no que pertine ao subprincípio da exigibilidade, decerto é que o Estado, como possuidor do *jus puniendi*, dispõe de incontáveis maneiras eficientes e legítimas para repreender um criminoso, não agindo, para tanto, por intermédio de provas obtidas ilicitamente.

Finalmente, não haveria proporcionalidade entre a ilegalidade perpetrada pelo Estado no exercício do direito de punir, por meio da captação de provas ilícitas tendentes à castigar o suspeito da prática de um ato criminoso, e a limitação imposta aos direitos e garantias fundamentais do autor da infração penal.

Entretanto, em meio a uma legislação criminal decadente e obscura, a impunidade impera e conquista cada vez mais espaço no sistema judiciário brasileiro. A impunidade é prejudicial ao contexto social e torna irrealizável a concretização da justiça, concepção tão aclamada pela sociedade brasileira.

Além disso, sabemos que, no foro criminal, sobretudo na condição de acusador ou juiz, o quão extremamente penosa é a tarefa de obter meios de prova em relação a fatos praticados por organizações criminosas, seja nos delitos que causam lesão ao erário, seja nos crimes de tráfico ilícito de drogas, tendo em vista que, a execução de seus planos é quase perfeita, porque planejados cientificamente, exigindo, portanto, investigações mais apuradas. Muitas vezes a

prova do fato e da autoria só é granjeada por meio de violações à intimidade e à vida privada.

Luiz Carlos Cáffaro (1995, p. 108-109), discorrendo acerca da dificuldade de produção de prova nos casos de crimes praticados por organizações criminosas, assim se pronunciou:

Tal modelo de criminalidade, estruturado em sólidas bases empresariais – o que pressupõe organicidade e permanência – implica no reconhecimento de uma bem urdida pirâmide funcional, do alto da qual os ‘executivos do crime’ comandam as ações de seus asseclas menores e onde a prévia divisão de atividades, em que cada agente desempenha o seu papel, dificulta sobremaneira o trabalho da Justiça que, dificilmente consegue atingir e punir os responsáveis direitos pelo crime, com claros reflexos no crescimento da impunidade. Essa privilegiada classe de criminosos logra obter, em face de sua maior capacidade delitiva, superlativa proteção contra a produção de provas de sua culpa. Sob tal aspecto, note-se que a obtenção de prova da ‘gerência’ desse tipo de ‘negócio’ é dolorosa e isto porque os asseclas inferiores, na maioria das vezes, assumem a culpa e se calam em relação aos seus ‘protetores’, cientes da penalidade imposta àqueles que ‘falam demais’: a pena capital!

Assim, com o avanço do crime organizado e dos delitos de colarinho branco, a eficácia do sistema punitivo penal é colocada em xeque, dando ensejo às discussões sobre a admissão ou não da prova ilícita.

De fato, é do conhecimento geral que a sociedade brasileira está passando por momentos de grandes dificuldades no que diz respeito à segurança pública, principalmente nos grandes centros urbanos. O crime se organizou de tal forma que se tornou um poder paralelo ao próprio Estado, uma vez que é o crime organizado quem dita as normas a serem cumpridas pela sociedade, e é ele, também, quem julga os cidadãos, aplicando a pena de morte para aqueles que não se dispõem a cooperar com os criminosos, poderes estes conferidos somente ao Estado, que os exerce através dos Poderes Legislativo e Judiciário, que, mesmo assim, este último, não condena nenhum cidadão à pena de morte, visto que a referida pena só é permitida pela Constituição em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, “a”).

Apesar da inadmissibilidade das provas ilícitas, preconizada no artigo 5º, LVI, da Carta Magna, não se mostra viável que os interesses individuais dos criminosos se anteponham aos da sociedade organizada. Na época atual, de

insegurança inquestionável e de uma criminalidade aprimorada, quase não atreita à jurisdição, postula-se um questionamento dos direitos e garantias individuais.

Conforme se afirmou alhures, os direitos e garantias individuais são relativos e devem ser conciliados de forma que a maior eficiência provenha dos preceitos constitucionais interpretados. Em consequência, as liberdades públicas não podem ser projetadas como um manto protetivo da prática de atividades ilícitas, sob pena de se acometer abalos no Estado de Direito.

Como bem assevera o mestre Alexandre de Moraes (2000, p. 46-47):

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Assim, quem, em desacato ao princípio governante de interpretação das liberdades públicas, a dignidade humana, ofende interesses constitucionais de terceiro, não poderia recorrer ao princípio da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito para persistir indevidamente e arbitrariamente ferindo direitos de outrem.

Por tal modo, quando se constata situação que coloca em risco a ordem, a segurança, a economia, a saúde pública ou o meio ambiente, encarregado está o aplicador da lei em estimar no confronto de interesses qual o predominante, ou seja, se o interesse coletivo ou a garantia individual.

A proporcionalidade, diante disso, caracteriza-se como critério limitador do gozo dos direitos fundamentais, de modo que, o jogo de interesses ou conflito de princípios tem que pressupor um peso considerável para ignorar-se o direito fundamental de um cidadão.

Nesse caso, refutar aplicação do princípio da proporcionalidade equivaleria, em situações de extrema gravidade, a deixar o ser humano, ou a própria sociedade, inteiramente desprotegidos frente ao ato ilícito, em casos para os quais será impossível obter a prova pelos meios legais. Destarte, quando o conflito se der

entre a garantia, o sigilo e a necessidade de se proteger a vida, o patrimônio e a segurança, bens igualmente tutelados pela Constituição da República, o magistrado deve sopesar os valores contrastantes envolvidos.

Embora esmagadora maioria rechace aludida possibilidade, pequena parcela da doutrina e alguns magistrados e membros do Ministério Público aduzem pela utilização, em determinados casos de grande relevância, do princípio da proporcionalidade para solucionar o cotejo entre direitos fundamentais *pro societate*.

Maria Cecília Pontes Carnaúba (2000, p. 21-22), de forma clara e precisa, soube bem captar esse entendimento, ensinando que:

Não é correto que um Estado se proponha a promover a justiça e permaneça sistematicamente deixando impunes crimes de alto poder lesivo para a sociedade, sob o argumento e o modo de coleta das provas foi acintoso à privacidade do criminoso [...] A questão é preocupante quando se sabe que, em determinados casos, somente pela ingerência na esfera de privacidade alheia é possível a obtenção de provas de alguns delitos. Tome-se como exemplo o caso dos crimes que trazem prejuízos ao erário público.

Por fim, a mesma Carnaúba (2000, p. 26) arremata dizendo que “[...] a falta de punibilidade de criminosos de alto poder lesivo ao corpo social, como os que causam prejuízos às finanças públicas, sob a alegação de que as provas levantadas contra eles são ilícitas, provoca um desequilíbrio e desacredita o sistema repressivo estatal”.

No mesmo sentido Fernando Capez (2000, p. 32) sustenta "não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita".

E explica que "para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante" (2000, p. 33).

Dessa forma, os indivíduos não poderiam abusar de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados como salvaguarda para a prática de ilícitos penais.

Camargo Aranha (1994, p. 50) cita alguns exemplos a respeito desse problema:

[...] absolver ou não um inocente acusado de um crime grave quando a prova única em seu favor é uma gravação obtida clandestinamente? Condenar ou não um grupo de celerados que organiza uma quadrilha de seqüestradores, quando a prova única é uma gravação ambiental obtida ocultamente numa cela de presídio? E como falar-se na defesa do princípio da moralidade do serviço público quando a prova obtida for uma gravação clandestina feita pela vítima da 'chantagem'?

É certo que nem toda prova ilícita *pro societate* deve ser empregada como forma de repressão a crime hediondo ou equiparado perpetrado por organizações criminosas. Todavia, o princípio da proporcionalidade pressupõe sempre levar em consideração, caso a caso, os direitos e interesses em conflito. Se a própria Lei Maior profetizou com bastante severidade os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecente, terrorismo e crimes hediondos (art. 5º, XLV), para guerreá-los quiçá seja admissível a utilização de prova ilícita *pro societate*, principalmente se tais crimes forem executados por organizações criminosas.

Há, ainda, autores que, com o escopo de resguardo da segurança pública consubstanciada na repressão à criminalidade, toleram o emprego do princípio da proporcionalidade como instrumento de solução de colisão entre direitos fundamentais diversos e a inadmissibilidade da prova ilícita, legitimando essa vertente com base no princípio da isonomia.

Sustenta-se que, em se admitindo a aplicação do princípio da proporcionalidade de modo a abrandar a vedação probatória favoravelmente à defesa, o que nos parece correto, outro valor constitucional, o da igualdade das partes, ficaria injustamente postergado caso não se estendesse o mesmo entendimento à acusação, pois a população brasileira precisa ser protegida deste poder paralelo que está invertendo o sentido normal dos fatos, uma vez que é o cidadão que está preso dentro de suas próprias casas e é a liberdade da coletividade que está sendo ameaçada.

Se a liberdade individual é protegida pela teoria da proporcionalidade, permitindo-se a utilização de provas obtidas ilicitamente em favor da liberdade de um indivíduo, maior razão existe para utilizar-se referida teoria quando se tratar da

liberdade de uma coletividade. Não pode o criminoso invocar princípios constitucionais, tais como a violação de sua intimidade ou de sua vida privada para garantir a impunidade.

Barbosa Moreira (1996, p. 105-106), criticando a corrente que só admite a aplicação da prova ilícita pela defesa, diz o seguinte:

Se a defesa – à diferença da acusação – fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com o princípio, também de nível constitucional, da igualdade das partes? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, 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 estará 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 ilegais. Exemplo óbvio é da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o ‘poderoso chefe’ local. Seja como for, o essencial aqui é pôr em realce o caráter relativo que por força se tem atribuir ao princípio constitucional atinente à inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas.

De novo de se transcreve o comentário de Fernando Capez (2000, p.261):

Entendemos que o princípio da proporcionalidade deve também ser admitido *pro societate*, pois o confronto que se estabelece não entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia, o sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando-se do seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. Suponhamos uma carta apreendida ilicitamente, a qual seria dirigida ao chefe de uma poderosa rede de narcotráfico internacional, com extensas ramificações com o crime organizado. Seria mais importante proteger o direito do preso ao sigilo de sua correspondência epistolar, do qual se serve para planejar crimes, do que desbaratar uma poderosa rede de distribuição de drogas, a qual ceifa milhões de vidas de crianças e jovens? Certamente não.

Ademais, a conclusão a que chegaram as Mesa de Processo Penal da USP, através da Súmula 50, segundo a qual "podem ser utilizadas no processo as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa", questiona-se, por que não estender tal posicionamento, possibilitando ao magistrado a escolha de princípios cujo valor indubitavelmente beneficiariam a sociedade?

É o que afirma Valéria Diez Scarance Fernandes Goulart (2002, p. 110) "somente permitir o princípio em favor da defesa é tratar desigualmente as partes do processo, acabando com a chamada 'paridade de armas'. Se a legítima defesa torna a prova lícita, em favor do réu, não há motivos para não se aplicar o mesmo entendimento em casos de especial gravidade, quando há evidente estado de necessidade".

Convém, todavia, ressaltar: a aplicação do princípio da proporcionalidade, em prol da acusação, apenas deve ser aceita em situações de gravidade excepcional ou de relevância social, devendo o julgador proceder a interação entre o fato e a norma, e fazer escolhas fundamentadas, em obediência às restrições instituídas pelo próprio sistema jurídico, buscando uma solução justa para o caso em exame.

Com efeito, a valoração pelo juiz de prova obtida ilicitamente e a prevalência do princípio da proporcionalidade não pode caracterizar um ato judicial arbitrário, sob pena de acarretar uma situação de volubilidade e insegurança social, mormente porque se trata de afetar a fruição de uma garantia individual. Denota-se, porquanto, que o magistrado deverá atender a algumas premissas para antepor um interesse coletivo em detrimento a uma garantia do cidadão.

E a primeira delas haverá de ser a excepcionalidade da medida.

Segundo, a presença dos requisitos da proporcionalidade, tais como a fundada suspeita, adequação e exigibilidade da medida, necessidade da prova e a proibição de excesso.

Somente com a conjugação desses requisitos é que se justificará a minimização dos direitos fundamentais, afastando-se a proibição do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal em nome da manutenção da segurança da coletividade, também direito fundamental (art. 5º, *caput*) igualmente assegurado pelo Estado (art.144, *caput*).

### 3.5 Prova Ilícita por Derivação

Importante desdobramento da matéria atinente à ilicitude probatória refere-se à admissão, ou não, no processo, de elementos de prova cuja obtenção, em si mesma, não violou nenhuma norma jurídica, mas que somente puderam ser descobertos em virtude de ato anterior ilegalmente praticado.

Nesse passo revelou-se possível a criação doutrinária e jurisprudencial que trilha pelo mesmo caminho que proibi, também, o que se convencionou chamar de prova ilícita por derivação. Estas são provas lícitas em si mesmas, mas que são oriundas de alguma informação extraída de outra ilicitamente colhida, isto é, trata-se de hipótese em que, a partir de prova obtida ilicitamente, chegam-se a dados, informações ou outras provas que, vistas isoladamente, seriam lícitas.

É o caso, por exemplo, de um documento apreendido em um domicílio, em diligência de busca e apreensão, sem prévia ordem judicial. A prova será tida como ilícita. Entretanto, a partir dessa prova, não aproveitada no processo, chega-se a testemunhas e a outros documentos legalmente produzidos (provas lícitas em si mesmas). Essas últimas não deverão ser utilizadas, uma vez que eivadas pelo vício de ilicitude em sua origem, o qual atinge todas as provas subseqüentes. Ou, a confissão extorquida mediante tortura ou sevícias, em que o acusado indica onde se encontra o produto do crime, que vem a ser regular e lícitamente apreendido. Cita-se, ainda o caso da interceptação telefônica sem prévia autorização judicial por intermédio da qual se consegue a indicação de testemunha que, futuramente, prestando depoimento perante a autoridade judiciária, corrobora os fatos noticiados na aludida escuta telefônica, incriminando o réu. Serão ilícitas todas as demais provas que dela se originaram.

Estas situações davam (e continuam a dar) brecha a grandes polêmicas sobre a aceitação dessa prova derivada, com duas posições antagônicas: a primeira, sustentando a inadmissibilidade da prova derivada; e a segunda, defendendo a admissibilidade da prova derivada, por ser lícita sua obtenção.

Entretanto, a questão fundamental e mais tormentosa a ser analisada é saber se há ou não valor uma segunda prova obtida lícitamente, mas em virtude de informação contida na primeira, alcançada de forma ilícita, e, por conseqüência,

servir de suporte incriminatório contra o acusado e como elemento na formação da convicção do juiz.

Nos Estados Unidos da América, desde a década de 1920, o fenômeno das provas ilícitas por derivação foi cognominado pela Suprema Corte como a teoria dos frutos da árvore envenenada – *fruits of the poisonous tree*, através da qual qualquer informação ou evidência granjeada a começar de ou em decorrência de uma outra prova ilicitamente colhida também será ilegal. Vale dizer: “se as raízes estão viciadas, contaminado fica tudo que delas provém” (MOREIRA, 2000, p. 93). Deste modo, nos Estados Unidos da América concluiu-se que somente a vedação às provas ilícitas não seria suficiente para conter a má-conduta policial, visto que se poderia através de uma prova ilícita, obter uma formalmente lícita.

Ocorre que, a doutrina dos frutos da árvore envenenada não é absoluta, tanto que a própria Suprema Corte norte-americana tem admitido diversas situações onde se excepciona a regra: quando, por exemplo, “o agente policial procedeu de boa-fé, ignorando a circunstância que lhe tornava ilegítima a atuação” (cuida-se da chamada *the good faith exception*); ou “quando o vício de origem é ‘purgado’ por subsequente ato voluntário do réu, que, por exemplo, reitera *sponte* sua declaração constante de confissão ilicitamente obtida (*purged taint*)”; em hipóteses nas quais se tem acesso à prova por meio legal, independente do viciado (*independet source*); ou ainda quando se demonstrar que o elemento probatório colhido ilicitamente seria inevitavelmente descoberto por meios legais (*inevitable discovery*) (MOREIRA, 2000, p. 93).

Infere-se que se a prova lícita provir de fonte própria e autônoma, sem qualquer ligação com a contaminação, ou seja, se a prova ilícita não foi determinante para a descoberta da prova derivada, não fica esta infamada e pode ser utilizada na instrução. Assim, no aparecimento destas situações, poder-se-ia utilizar das provas secundárias, não se deduzindo estarem estas contaminadas pelo vício da prova originária.

No Brasil, primeiramente cumpre considerar que a norma do artigo 5º, LVI, da Constituição, não alastra as *exclusionary rule* às provas ilícitas por derivação e tampouco há disposição legal neste sentido, sendo que a pacificação dos casos é buscada na doutrina e na jurisprudência.

Contudo, há orientação no sentido da inadmissibilidade da prova derivada, levando-se em conta precipuamente o resguardo da pessoa humana e a unidade do ordenamento jurídico, de modo que seu acolhimento resultaria em estímulo à ofensa de direitos fundamentais da pessoa humana.

Com efeito, em defesa da teoria dos frutos da árvore envenenada, através da qual a ilicitude originária propaga-se às provas dela decorrentes, extraem os argumentos mais vigorosos, dentre os quais, o da impossibilidade de convalidação da ilicitude originária; a proibição de se fazer justiça com as próprias mãos, uma vez que o Código de Processo Penal já predispõe os instrumentos adequados para a captação coativa da prova (condução coercitiva de testemunha, busca e apreensão, exibição de documento ou coisa etc.).

Ao depois, nosso Código de Processo Penal não autoriza outra conclusão, ao dispor, no artigo 573, § 1º, que “a nulidade de uma ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência”.

Na verdade, de nada adiantaria a vedação constitucional às provas ilícitas, entendida esta como direito fundamental, se houvesse o acolhimento processual das provas derivadas das ilícitas.

Principal expoente no estudo das provas ilícitas na doutrina brasileira, Ada Pellegrini Grinover sustenta que a ilicitude da prova se transmite a tudo o que dela advier, sendo inadmissíveis as provas obtidas por derivação, dentro do nosso sistema constitucional por ferir direitos fundamentais.

E explica que (1992, p. 114) “na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são assim igualmente banidas do processo”.

Luiz Francisco Torquato Avolio (2003, p. 70), também tratando do assunto, concluiu pela não utilização das provas ilícitas por derivação. Disse o autor:

[...] a sua utilização poderia servir de expediente para contornar a vedação probatória: as partes poderiam sentir-se estimuladas a recorrer a expedientes ilícitos com o objetivo de servirem-se de elementos de prova até então inatingíveis pelas vias legais. Figure-se, por exemplo, o próprio

policial encorajado a torturar o acusado, na certeza de que os fatos extraídos de uma confissão extorquida, e, portanto, ilícita, propiciariam a colheita de novas provas, que poderiam ser introduzidas de modo (formalmente) lícito no processo.

Ainda segundo o autor (2003, p. 71), “se a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação e, portanto, igualmente inadmissível no processo”.

Por seu turno, a solução do tema não tem sido tranqüila na jurisprudência, tanto que no Supremo Tribunal Federal não há ainda posicionamento pacífico a respeito.

Inicialmente, o órgão, por escassa maioria, repeliu a teoria dos frutos da árvore envenenada, admitindo as prova ilícitas por derivação como válidas no caso concreto que julgou (HC n. 69.912-0/RS, DJU 26/11/1993). Neste julgamento, o Min. Sepúlveda Pertence, manifestando-se pela inadmissibilidade dessas provas, chegou a afirmar em seu voto, ao final vencido, que essa teoria é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, porque de nada adiantaria vedar a própria interceptação e admitir que as informações nela colhidas pudessem ser aproveitadas. Em sentido contrário, posicionou-se a tese vencedora, a qual argumentava que não poderiam desprezar todas as demais provas apenas porque “no fio da meada houve uma prova ilícita”, sendo preferível a admissão dessas provas a garantir a impunidade de organizações criminosas, em uma clara adoção ao princípio da proporcionalidade.

Contudo, posteriormente, por se verificar que um dos Ministros que votou em favor da admissibilidade das provas, estava impossibilitado, foi realizada nova sessão, modificando-se a votação para 5 x 5, com a conseqüente outorga do *habeas corpus*, nos dizeres do artigo 146, parágrafo único, do Regimento do Supremo. Assim, nessa segunda votação, acolhendo a teoria dos frutos da árvore envenenada, o Supremo Tribunal Federal anulou o processo a partir da prisão em flagrante (DJU 25/03/1994).

A polêmica prolongou-se já que o próprio Supremo ficou dividido. No entanto, em 1996, no julgamento de outro *Habeas Corpus* (HC n. 72.588/PB, Rel.

Min. Maurício Corrêa, DJU 04/08/2000), pela rigorosa margem de um voto, a presente posição do Supremo passou a ser pela inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, com fundamento na teoria da árvore dos frutos envenenados. Diz a ementa:

As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. *Habeas corpus* conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5 (STF, HC n. 72.588/PB, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 04/08/2000).

Após o exame da polêmica decisão do Supremo Tribunal Federal, cabe trazer outros julgados da mesma Corte, tendo utilizado os *Habeas Corpus* n<sup>os</sup> 69.9120/RS e 72.588/PB como precedentes:

É ilícita a prova produzida mediante escuta telefônica autorizada por magistrado, antes do advento da Lei n. 9.296, de 24.07.96, que regulamentou o art. 5º, XII, da Constituição Federal; são igualmente ilícitas, por contaminação, as dela decorrentes: aplicação da doutrina norte-americana dos "frutos da árvore venenosa". Inexistência de prova autônoma. Precedente do Plenário: HC n. 72.588-1-PB. *Habeas-corpus* conhecido e deferido por empate na votação (RI-STF, art.150, § 3º), para anular o processo *ab initio*, inclusive a denúncia, e determinar a expedição de alvará de soltura em favor do paciente (STF, HC n. 74116/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 14/03/1997).

Prova ilícita: interceptação inválida, não obstante a autorização judicial, antes, porém, da Lei 9.296/96, que a disciplina, conforme exigência do art. 5º, XII, da Constituição (cf. HC 69.912, Plen., 16.12.93, Pertence, RTJ 155/508): contaminação das demais provas – a partir da prisão em flagrante e da apreensão do tóxico transportado por um dos co-réus – porque todas contaminadas pela ilicitude da interceptação telefônica, que as propiciou (*fruits of the poisonous tree*): precedentes (...). A doutrina da proscricção dos *fruis of the poisonous tree*, é não apenas a orientação capaz de dar eficácia à proibição constitucional da admissão da prova ilícita, mas, também, a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, que tem seu pressuposto na exigência da legitimidade jurídica da ação de toda autoridade pública (STF, HC n. 75545/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 09/04/1999).

Portanto, apesar da inexistência de disposição legal acerca do assunto, a posição do Supremo Tribunal Federal, consoante às decisões acima trazidas, é clara no sentido de que as provas ilícitas por derivação não devem ser utilizadas, em conforme a doutrina dos frutos da árvore envenenada e pelo disposto no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal Brasileira.

A despeito dos argumentos acima expostos o Superior Tribunal de Justiça em dois julgamentos rejeitou a teoria dos frutos da árvore envenenada, vejamos a ementa de um deles, no caso a do recurso de *Habeas Corpus* n. 7.363/RJ:

Quadrilha ou bando. Inépcia da denúncia. Prova ilícita. Prisão preventiva. Fuga. Para a caracterização do crime de quadrilha, basta exigir o propósito de associação, do agente ao grupo criado com a finalidade da prática de crimes, sendo desnecessário atribuir-lhe ações concretas. Logo, não é inepta denúncia nesses termos. Carta anônima, sequer referida na denúncia e que, quando muito, propiciou investigações por parte do organismo policial, não se pode reputar de ilícita. É certo que, isoladamente, não terá qualquer valor, mas também não se pode tê-la como prejudicial a todas as outras validamente obtidas. O princípio dos frutos da árvore envenenada foi devidamente abrandado na Suprema Corte (HC n. 74.599-7, Min. Ilmar Galvão). Prisão preventiva que se justifica em relação a uma das pacientes que empreendeu fuga do distrito da culpa, não ocorrendo o mesmo com relação a outra. Recurso parcialmente provido e, nessa extensão, concedida a ordem (STJ, HC n. 7363/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJU 15/06/1998).

Nesse mesmo sentido: STJ, *Habeas corpus* n. 5062/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 01/06/1998.

Ademais, encontram-se no direito comparado, conforme esclarece Grinover (1992, p.192), limitações à teoria dos frutos da árvore envenenada, tais como as limitações da *independent source* e da *inevitable discovery*:

[...] excepcionando-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outras for tênue, de modo a não se colocarem as primárias e secundárias numa relação de estrita causa e efeito, ou quando as provas derivadas da ilícita poderiam ser descobertas de outra maneira.

Para Mirabete (1989, p. 173), “como a lei ordinária não prevê expressamente a cominação da inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por

derivação, prevalece a eficácia do dispositivo constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente, e não a da que dela deriva”.

Paulo Rangel (2005, p. 356) afirma que, ante o fato de a Constituição da República não tratar especificamente da prova derivada, deve-se entender como permitida sua produção, asseverando que "a prova obtida, lícitamente, através daquela colhida com infringência à lei, é admissível no processo, pois onde a lei (Constituição) não distingue não cabe ao intérprete distinguir". Cita o exemplo de uma interceptação telefônica ilícita, dizendo que “a *opinio delicti* não poderá embasar-se na conversação dos envolvidos, mas o Estado não poderá fechar os olhos para a situação fática encontrada por meio da regular busca e apreensão”.

José Carlos Barbosa Moreira (2000, p. 127) critica, com veemência, "a precipitação em importar, de maneira passiva e acrítica" a doutrina dos frutos da árvore venenosa, "nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem". E indaga se tal viés doutrinário será adequado à nossa realidade, de modo especial na área da "criminalidade organizada", concluindo por dizer a enorme dificuldade que sente "em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal) em dar combate eficiente à praga do tráfico", combate este que "também é um valor constitucional" incluído no art. 5º, XLIII, que prevê "o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins" entre os "crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia".

Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 50), ao adotar a conhecida teoria dos frutos da árvore contaminada para tachar de ineficazes as fontes de prova obtidas e também os meios de prova realizados em desdobramento de informações obtidas mediante ilicitudes, compromete-se de morte o acesso à justiça e constitui grave ressalva à promessa constitucional de tutela jurisdicional a quem tiver razão, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

É essencial observar, contudo, que a teoria dos frutos da árvore envenenada só se aplica às provas decorrentes, direta ou indiretamente, da prova irregular, não se aplicando às provas sem ligação com a contaminação. Por essa razão, elaborou-se a teoria da prova absolutamente independente.

Argumentou-se que, se as provas ilícitas por derivação não constituíssem o único fundamento da decisão condenatória, isto é, se esta fosse prolatada levando em consideração outras provas, autônomas e lícitas, estas não seriam corrompidas.

Desse modo, a existência de prova ilícita não obstrui o recebimento da denúncia, não podendo se dizer de sua inépcia ou nulidade do seu recebimento ou do processo, caso subsistam outras provas independentes da contaminada.

Nesse sentido:

Descabe concluir pela nulidade do processo quando o decreto condenatório repousa em outras provas que exsurgem independentes, ou seja, não vinculadas à que se aponta como ilícita (STF, HC n. 75.892-6/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 17/04/1998).

A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade do delito [...] Sem que possa colher-se dos elementos do processo a resultante conseqüência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal. Não enseja nulidade processual a sentença que, apesar de falha quanto à fundamentação na dosimetria da pena, permitiu fosse corrigida em sede de apelação (STF, HC n. 75.497/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Correa, DJU 14/10/1997).

A existência nos autos de prova obtida ilicitamente (escuta telefônica autorizada por juiz antes do advento da Lei n. 9.296/96) não basta a invalidação do processo, se há outras provas consideradas autônomas, isto é, colhidas sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita. Precedente citado: RHC n. 72.463/SP (DJU 29/09/1995) (STF, HC n. 76.231/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 16/06/1998).

Como se vê, no Brasil os tribunais superiores minimizaram os efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, preconizando que quando a sentença condenatória não estiver lastreada unicamente na prova ilícita por derivação as provas autônomas e lícitas que a motivaram não serão viciadas.

Não obstante, o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal é pela refutação da prova ilícita por derivação, acolhendo, assim, a doutrina dos frutos da árvore envenenada, considerando-se ilícita a prova decorrente daquela obtida por meio ilícito.

A despeito de ser esse o entendimento adotado pela Suprema Corte norte-americana e de forma quase unânime pelo nosso Pretório Excelso, no que pertine à prova ilícita por derivação, logra-se à mesma conclusão predisposta quando da análise das provas ilícitas em si mesmas, isto é, que não deve ser aceita no ordenamento jurídico uma prova obtida de outra ilícita, salvo naqueles casos em que um bem axiologicamente superior está em jogo (proporcionalidade).

Não há motivo para não se admitir a aplicação da teoria da proporcionalidade visando descaracterizar o caráter absoluto da proibição da prova derivada da ilícita frente a outros direitos e garantias fundamentais. É que, para resolução de conflitos entre direitos fundamentais no âmbito das provas ilícitas por derivação nota-se que a partir do instante em que se pondera que a prova derivada da viciada da mesma forma que a originária, a aplicação do princípio da proporcionalidade deve seguir a mesma idéia desta.

Assim sendo, no caso de decisão favorável ao acusado a proporcionalidade deve ser aplicada irrefragavelmente consoante expandido no tópico 3. 4. 1. Por outro lado, sendo para incriminar o cidadão, deve-se obstar esta prerrogativa, salvo quando o interesse tutelado se sobrepuser a outro de menor expressão, dada a relatividade dos direitos e garantias fundamentais, buscando-se, sempre, uma solução justa para o caso em exame, conforme declinado no tópico 3. 4. 2.

### **3.6 Conseqüências Processuais da Admissão da Prova Ilícita**

A vigente Constituição da República Federativa do Brasil refuta, de maneira taxativa, a admissão no processo, tanto cível, quanto penal, das provas obtidas por meios ilícitos, não assentando, porém, as conseqüências que derivam da utilização indevida, ou seja, que sanção deverá ser imposta se, mesmo inadmissível, houver a introdução no processo e sua valoração pelo magistrado.

Entretanto, antes de enveredarmos no campo das conseqüências processuais da admissão da prova ilícita no processo, urge conceituarmos e diferenciarmos as noções de nulidade e de inadmissibilidade que se referem à questão da validade e eficácia dos atos processuais.

Em brilhante conclusão sobre o assunto, discorreu Gomes Filho (1997, p. 94), diferenciando a inadmissibilidade da nulidade:

Mas, enquanto a nulidade é pronunciada num julgamento posterior à realização do ato, no qual se reconhece sua irregularidade e, conseqüentemente, a invalidade e ineficácia, a admissibilidade (ou inadmissibilidade) decorre de uma apreciação feita antecipadamente, impedindo que a irregularidade se consuma. Como anota Julio Maier, *la inadmisibilidad intenta evitar ingreso (jurídico) ao processo de la acción procesal irregular mientras que la nulidad intenta expulsar la acción irregular ya incorporada al procedimiento.*

Com efeito, a inadmissibilidade de uma prova impede que ela seja juntada aos autos, de modo que a irregularidade jamais se consuma, pois a sua apreciação é feita antecipadamente, sendo o juiz o responsável por essa fiscalização, que é feita por ocasião do pedido de entranhamento.

Por outro lado, a nulidade (regida pelo princípio do *pas de nullité sans grief* - não há nulidade sem prejuízo) é pronunciada num julgamento posterior à realização do ato, no qual se reconhece sua invalidade e ineficácia, sendo uma sanção decorrente de um vício ou defeito que ela apresente ou em virtude da metodologia empregada em sua obtenção. Na verdade, a prova declarada nula não pode ser utilizada pelo juiz na fundamentação da decisão.

Feitas essas considerações preliminares, suponhamos que uma prova seja juntada aos autos e posteriormente comprovou-se que ela foi lograda por meio ilícito. Qual a conseqüência jurídica de tal prova no processo? Ela é, de fato, uma prova? Pode ser levada em consideração na fundamentação da decisão?

Sobre o tema, duas correntes doutrinárias se manifestam a fim de fixar as conseqüências que sobreviriam da entrada indevida de prova ilícita ao processo.

O primeiro posicionamento preconiza que a atipicidade constitucional tem o condão de causar, como regra, a sanção de nulidade absoluta dessas provas, não devendo servir de alicerce para o magistrado em nenhuma decisão judicial.

O fenômeno da atipicidade constitucional ocorre quando não se verifica a conformidade entre um fato e o modelo constitucional a ele endereçado. Na atipicidade constitucional, uma vez descumprido o modelo da Lei Maior, a sanção deve ser buscada na própria Constituição, ou no ordenamento como um todo. Ora,

se a sanção para a violação de uma norma constitucional é a declaração de nulidade do ato processual, a utilização de uma prova obtida por meio ilícito levaria necessariamente à nulidade absoluta desse ato. Assim, se foi prolatada uma sentença que se utilizou da prova inadmissível em sua motivação, essa sentença seria nula.

Portanto, sempre que se praticar algum ato infringente à um princípio ou norma constitucional-processual que desempenhe função de garantia, como no caso da regra de inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a invalidade ou ineficácia do ato virá da própria Constituição ou dos princípios gerais do ordenamento jurídico.

A Jurisprudência vem se posicionando no sentido de que as provas ilícitas, porque inadmissíveis, serão ineficazes, inquinadas de nulidade absoluta, sendo referida nulidade insanável. Corroborando este entendimento, traz-se a lume ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

O direito constitucional-penal inscrito na Carta Política de 1988 e concebido num período de reconquista das franquias democráticas consagra princípios do amplo direito de defesa, do devido processo legal, do contraditório e da inadmissibilidade da prova ilícita (CF, art. 5º, LIV, LV e LVI). O processo administrativo disciplinar que impõe a Delegado de Polícia Civil a pena de demissão com fundamento em informações obtidas com quebra de sigilo funcional, sem a prévia autorização judicial, é desprovido de vitalidade jurídica, porquanto baseado em prova ilícita. Sendo a prova ilícita realizada sem a autorização da autoridade judiciária competente, é desprovida de qualquer eficácia, eivada de nulidade absoluta e insuscetível de ser sanada por força da preclusão. Recurso ordinário provido. Segurança concedida (STJ, MS n. 8.327/MG, Rel. Min. Vicente Leal, DJU 24/06/1999).

Porém, tem se entendido que, sendo a nulidade gritante, tem-se que a prova inadmissível nem ao menos se caracteriza como prova, sendo ato inexistente (não-prova), pois a Lei Maior, ao estatuir a inadmissibilidade processual da prova ilícita, considera-a prova inexistente juridicamente.

Anota, com inteira propriedade, Ada Pellegrini Grinover (1992, p. 116):

O menos que se poderia dizer, portanto, é que o ingresso da prova ilícita no processo, *contra constitutionem*, importa na nulidade absoluta dessas provas, que não podem ser tomadas como fundamento por nenhuma

decisão judicial. Mas aqui o fenômeno toma outra dimensão: as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são por esta tida como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas. Daí sua total ineficácia. (grifo do autor)

Para Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 90):

A prova obtida por meios ilícitos não pode ser admitida no processo (art. 5º, LVI), sendo destituída de eficácia jurídica [...] A prova ilícita – por qualificar-se como elemento inidôneo de informação – é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer eficácia jurídica. Assim, a prova ilícita não pode ser produzida ou deve ser excluída. O juiz deve atuar de ofício. Não deve, portanto, autorizar a produção de prova ilícita e nem permitir o ingresso de prova dessa espécie.

Na verdade, melhor seria que o legislador tivesse firmado expressamente a conseqüência processual advinda da utilização indevida da prova ilícita.

Em qualquer caso, aludida prova, por ser inadmissível, em tempo nenhum poderia ter sido juntada no processo. Todavia, se foi juntada, no instante processual em que for constatada sua ilegalidade, a mesma deve ser desentranhada por ser inexistente. Para tanto, o magistrado pode e deve atuar de ofício, de modo que todos os atos motivados por esta prova inexistente devem ser desconsiderados, bem como anular a sentença que nela tenha indevidamente sido fundamentada.

Se, porém, não determinar o magistrado o desentranhamento da prova ilícita, o acusado pode requerer que tal medida seja tomada. Cabe, desde logo, esclarecer que não há, no Código de Processo Penal, norma genérica que disponha acerca do desentranhamento da prova ilícita, de modo que a doutrina crê que deva ser aplicado por analogia o que dispõe o artigo 145, inciso IV, do aludido diploma legal, que determina o desentranhamento de documento falso (FERNANDES, 2002, p. 91).

Desta forma, ainda que uma prova ilícita tiver sido admitida no primeiro grau de jurisdição, caberá ao tribunal em grau de recurso desconsiderá-la, julgando o processo como se elas não existissem, podendo, se assim for necessário, determinar o desentranhamento da prova inadmissível. Não ocorrerá, na hipótese,

supressão do duplo grau de jurisdição, uma vez que a questão controvertida foi objeto de apreciação no juízo *a quo*, devolvendo, então, o recurso de apelação, por força do efeito devolutivo (art. 599 do CPP), o conhecimento integral da causa ao tribunal, nos limites da impugnação.

Se a sentença condenatória criminal transitada em julgado se apoiou, exclusivamente, numa prova ilícita, será a mesma nula e seus efeitos poderão ser rescindidos via revisão criminal, caso em que o juízo rescisório poderá, examinando o mérito, absolver o imputado com fundamento na violação do disposto no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, sem a necessidade de uma nova sentença de primeiro grau. Porém, se se tratar de *Habeas Corpus*, o Tribunal deverá anular a sentença, indicando as provas viciadas e determinando que se proceda ao desentranhamento dos autos, seguido do trancamento da ação penal por falta de justa causa (GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO, 1992, p. 117).

Existindo, também, outras provas infectadas pela ilicitude originária, contaminados estarão todos os atos processuais posteriores, daí ocasionando sua ineficácia, em decorrência do princípio da causalidade.

No que tange aos processos de competência do Tribunal do Júri entende-se que se a sentença de pronúncia lastreou-se única e exclusivamente em prova ilícita, a mesma poderá ser reformada por meio de recurso de apelação ou anulada mediante revisão criminal ou *Habeas Corpus*. Entretanto, verificando-se a preclusão e não for impetrado *HC*, o juiz Presidente não pode mudar a sentença e nesse caso o veredicto dos jurados será nulo, ante a ausência de motivação que impede o conhecimento das razões de julgar. Na hipótese das provas ilícitas ingressarem no processo, mas não tiverem sido levadas em consideração na pronúncia, cabe o juiz Presidente mandar desentranhá-las, e caso a elas se fizer referência em plenário, contrariando o artigo 475 do Código de Processo Penal, o juiz deverá dissolver o Conselho de Sentença.

Logo, as provas ilícitas, ainda que introduzidas no processo serão consideradas como inexistente ou nulas, sendo totalmente ineficazes com efeito *ex tunc*.

Não se pode olvidar, porém, que o Pretório Excelso tem sustentado que a prova vedada não gerará a nulidade do processo, se a condenação não

estiver fundada exclusivamente na prova ilícita. Assim, a alusão, na sentença, acerca da existência de outras provas, não contaminadas, aptas à condenação, seria suficiente para afastar a nulidade.

### **3.7 Anteprojeto do Código de Processo Penal sobre as Provas Ilícitas**

Objetivando a materialização da majoritária jurisprudência acerca das provas obtidas por meios ilícitos e de sua derivação, a comissão de reforma do Código de Processo Penal, presidida pela Dr<sup>a</sup>. Ada Pellegrini Grinover nomeada pela Portaria n. 61/2000 do Ministério da Justiça apresentou o anteprojeto de lei que trata das provas ilícitas. Dispõe a exposição de motivos do anteprojeto:

A Constituição de 1988, no inciso LVI do art. 5º, veio consolidar a posição internacional no sentido da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos. A doutrina entende por prova ilícita a colhida infringindo normas ou princípios colocados pela Constituição, para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade. Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF), as conseguidas mediante tortura ou maus tratos (art. 5º, III, da CF), as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF), etc. É oportuno que a lei processual fixe as balizas da regra constitucional de exclusão das provas ilícitas, em qualquer hipótese, conceituando-as e tornando posição quanto a sua admissibilidade e proibição de utilização, mesmo quando se trate da denominada prova ilícita por derivação, ou seja, da prova não ilícita por si mesma, mas conseguida por intermédio de informações obtidas por provas ilicitamente colhidas.

Reza o artigo 157 do anteprojeto:

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

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, quando evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, e quando as derivadas não pudessem ser obtidas senão por meio das primeiras.

§ 2º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada ilícita, serão tomadas as providências para o arquivamento sigiloso em cartório.

§ 3º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada ilícita não poderá proferir a sentença.

Conforme o anteprojeto, a prova ilícita e sua derivação passam a ser legisladas por norma processual, o que até então não vinha ocorrendo. Desta forma, por violar norma de ordem processual, essas modalidades de prova seriam também processualmente ilegítimas e a sanção correspondente seria a inadmissibilidade processual e a impossibilidade de serem valoradas judicialmente em qualquer decisão, mesmo porque deveriam ser desentranhadas, e o juiz que as conheceu não poderia prolatar a sentença.

Dentro desse contexto, a polêmica que precede a mudança da legislação processual penal, com a aprovação de semelhante anteprojeto de lei, é se haverá alteração substancial no entendimento assentado sob a luz do princípio da proporcionalidade.

Entretanto, ainda que sobrevenha a aprovação desse anteprojeto, entendo que o sistema será pouco modificado, tendo em vista a observância do princípio da proporcionalidade. Isto é, as provas ilícitas e sua derivação poderão se empregadas no processo desde que, sopesando-se os valores, não seja razoável exigir-se conduta diversa. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, inspirada pelo senso comum, o julgador poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais.

O projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e está pronto para votação no Plenário.

## 4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante a possibilidade da produção de provas obtidas por meios ilícitos, a jurisprudência pátria sempre se posicionou com decisões e opiniões diversas.

De fato, durante muito tempo, a análise jurisprudencial da questão pertinente à utilização da prova ilícita no Processo Penal não conduziu a um posicionamento firme e certo sobre o assunto.

No entanto, com a entrada em vigor do novo regime constitucional, inaugurado após a Carta Política de 1988, o Supremo Tribunal Federal consolidou, definitivamente, sua oposição à admissibilidade das provas ilicitamente colhidas. Deve-se a isto a proibição categórica do artigo 5º, LVI.

No que tange à sua admissibilidade processual, preleciona em seu voto-relator no *Habeas Corpus* 80.949/RJ, o ilustre Min. Sepúlveda Pertence:

Ninguém aqui desconhece a disceptação, ainda insepulta, entre as duas posturas básicas acerca da admissibilidade no processo das provas ilícitas — como tais consideradas as que obtidas com violação de direitos fundamentais. A primeira — por séculos predominante — fiel à velha máxima *male captum bene retentum*: ao juiz só caberia decidir da existência, ou não, do crime e não, de como lhe chegaram — lícita ou ilicitamente — as provas do fato. Se ilicitamente obtidas, que se aplicassem ao responsável pela ilicitude as sanções civis, administrativas ou penais cabíveis. De outro lado, os que — desde as decisões pioneiras da Suprema Corte dos Estados Unidos — partem da unidade da ordem jurídica e da necessidade de impor contenção eficaz à tentação da violência de todos os organismos policiais e negam se possam admitir no processo provas obtidas por meios tão ou mais criminosos que os delitos a reprimir. Pelos últimos, valha por todos a lição, na doutrina alemã, de Amelung — colacionada por Costa Andrade — segundo a qual 'o Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena, se, para impor o direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal'. Pois, argumenta, 'o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o Direito Penal se propõe precisamente assegurar'. Testemunham os doutores a prevalência hodierna da tese da proscrição da admissibilidade processual da prova

ilícita' (STF, HC n. 80.949/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 30/10/2001).

A recusa às provas ilícitas fica evidente no julgamento da Ação Penal n. 307-3/DF, onde participaram como autor o Ministério Público Federal e, no outro pólo da demanda, o ex-Presidente da República, Fernando Collor de Mello, Paulo César Farias e outros, sendo que o plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu 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 sobrelevam, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito Democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcritas 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 (STF, AP n. 307-3/DF, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 13/10/95).

Nesse sentido, o preciso voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento do Recurso Extraordinário 251.445-4/GO, em que se manifestou nos seguintes termos:

A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado em sede de persecução penal. [...] A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica (STF, RE n. 251.445-4/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 03/08/2000).

Além do mais, sobre o assunto da prova obtida ilicitamente contra a busca da verdade real a qualquer preço, tradicional a decisão do plenário do Excelso Pretório:

[...] Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação (STF, HC n. 80.949/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 30/10/2001).

Como outrora discorremos, a Carta Magna foi aprontada imediatamente ao fim de uma era repressiva, existindo em seu espírito criador o objetivo de combater e desarraigar qualquer meio violador de liberdades públicas, orientação essa que exerceu grande influência no corpo de juristas de nosso Tribunal Supremo. Hodiernamente, essa vedação absoluta e incondicional já não se justifica mais.

Forçoso é destacar o caráter relativo do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas ilicitamente adquiridas. A relatividade dos direitos fundamentais deve ser tratada de forma condizente ao caso concreto. Somente assim o ordenamento jurídico adaptar-se-á à realidade social. Todos os direitos fundamentais são relativos, não há exceção.

Apontando a necessidade de relativização dos direitos fundamentais, o Superior Tribunal de Justiça diz o que:

[...] está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, seqüestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares das vítimas (STJ, HC n. 2.777/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Pedro Aciole, DJU 27/09/1993).

No mesmo sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição (STF, MS n. 23.452/RJ, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 12/05/2000).

Este caráter relativo só pode ser validamente aplicado no caso concreto através de um “juízo de valores”, em que se saberá qual interesse se sobreporá aos demais (princípio da proporcionalidade).

Assim, não obstante a proibição constitucional, é perfeitamente viável que uma prova obtida ilicitamente venha a converter-se em lícita por força do princípio da proporcionalidade, consectário do Estado de Direito e importante instrumento na repressão do crime organizado.

Por essa razão tem sido admitida, entre nós, de maneira incontestada, respeitando-se o princípio da presunção de inocência, a prova violadora de direitos fundamentais de terceiros, exclusivamente, para favorecer o réu, justificando-se esse entendimento na teoria da proporcionalidade.

O Supremo Tribunal Federal sustenta que em matéria de provas ilícitas somente emprega-se o princípio da proporcionalidade *pro reo*, pois, nesse caso, a ilicitude é eliminada por uma causa excludente de ilicitude.

Com efeito, a Corte Suprema já se pronunciou, em diversas oportunidades, ser lícita a gravação de conversa telefônica, realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, quando há investida criminosa deste último, revelando-se disparatada a discussão de que há ofensa do direito à privacidade daquele que pratica infração penal.

Nesse sentido, o Tribunal assentou no *Habeas Corpus* 74.678/SP, relatado pelo Min. Moreira Alves, em acórdão assim ementado:

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 (STF, HC n. 74.678/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 15/07/1997)

Convém elucidar, dada a sua primorosidade, as razões expostas pelo Min. Moreira Alves em seu voto-relator no aludido *Habeas Corpus* n. 74.678-1/SP:

[...] evidentemente, seria uma aberração considerar como violação do direito à privacidade a gravação pela própria vítima, ou por ela autorizada, de atos criminosos, como o diálogo com seqüestradores, estelionatários e todo tipo de achacadores. No caso, os impetrantes esquecem que a conduta do réu apresentou, antes de tudo, uma intromissão ilícita na vida privada do ofendido, esta sim merecedora de tutela. Quem se dispõe a enviar correspondência ou a telefonar para outrem, ameaçando-o ou extorquindo-o, não pode pretender abrigar-se em uma obrigação de reserva por parte do destinatário, o que significa o absurdo de qualificar como confidencial a missiva ou a conversa.

Essa decisão foi corroborada por vários outros julgados da mesma Corte, dentre eles o *Habeas Corpus* 75.338/RJ e o Recurso Extraordinário 212.081-2/RO:

É lícita agravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com seqüestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista (STF, HC n. 75.338-8/RJ, Plenário, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 25/09/1998).

Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Illicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício de legítima defesa de quem a produziu. Precedentes do Supremo Tribunal Federal HC 74.678, DJ de 15.8.97 e HC 75.261, sessão de 24.6.97, ambos da Primeira Turma (STF, RE n. 212.081-2/RO, 1ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 11/03/98).

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, também vem decidindo nessa mesma direção:

As liberdades públicas não podem ser utilizadas como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Dessa forma, aqueles que, ao praticarem atos ilícitos, inobservarem as liberdades públicas de terceiros pessoas e da própria sociedade, desrespeitando a própria dignidade da pessoa humana, não poderão invocar, posteriormente, a ilicitude de determinadas provas para afastar suas responsabilidades civil e criminal perante o Estado [...] (Alexandre de Moraes, in *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, 2ª Edição, 2003, São Paulo, Editora Atlas, páginas 382/383). Não há falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação de conversação telefônica por um dos interlocutores, vítima, sem o conhecimento do outro, agente do crime. Recurso improvido (STJ, HC n. 12.266/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 20/10/2003) .

Essa posição, entretanto, não é aceita de maneira pacífica na Excelsa Corte. Assevera o notável Min. Celso de Mello, em seu voto na Ação Penal n. 307-3/DF, que:

[...] a gravação de conversação com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em juízo, uma vez que esse procedimento – precisamente por realizar-se de modo sub-reptício – envolve quebra evidente de privacidade, sendo em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio. O fato de um dos interlocutores desconhecer a circunstância de que a conversação que mantém com outrem está sendo objeto de gravação atua, a meu juízo, como causa obstativa desse meio de prova. O reconhecimento constitucional do direito à privacidade (CF, art. 5º, X) desautoriza o valor probante do conteúdo de fita magnética que registra, de forma clandestina, o diálogo mantido com alguém que venha a sofrer a persecução penal do Estado. A gravação de diálogos privados, quando executada com total desconhecimento de um dos seus partícipes, apresenta-se eivada de absoluta desvalia, especialmente quando o órgão da acusação penal postula, com base nela, a prolação de um decreto condenatório (STF, AP n. 307-3/DF, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 13/10/1995).

Nada obstante, embora a jurisprudência pátria seja quase uníssona em admitir a prova ilícita somente em benefício do réu, o Pretório Excelso, em aresto lavrado pelo Min. Celso de Mello, já se pronunciou em decisão que, sopesando os bens jurídicos em colisão, acolheu a orientação de que é possível limitar um direito fundamental em benefício da sociedade. A decisão encontra-se assim ementada:

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública ou disciplina prisional, desde que respeitada a norma inscrita no art.41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, pode proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de prática ilícitas (STF, HC n. 70.814-5/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24/01/1994).

O insigne ministro reconheceu que:

A Lei de Execução Penal, ao elencar os direitos do preso, reconhece-lhe a faculdade de manter contacto com o mundo exterior por meio de correspondência escrita (art. 41, XV). Esse direito, contudo, poderá ser validamente restringido pela administração penitenciária consoante prescreve a própria Lei n. 7.210/84 (art. 41, parágrafo único). Razões de segurança pública, de disciplina penitenciária ou de preservação da ordem jurídica poderão justificar, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode não pode constituir instrumento de salvaguarda de prática ilícitas. Daí, procedente a advertência de JÚLIO FABBRINI MIRABETE (“Execução Penal”, p. 146/147, 2ª ed, 1988, Atlas), *verbis*: [...] ‘já se tem afirmado a inconstitucionalidade de normas jurídicas que limitam o direito e sigilo de correspondência. Mas, como bem observa Ada Pellegrini Grinover, ‘as liberdades públicas não podem ser mais entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de convivência das liberdades, pelo qual nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e as liberdades alheias’. ‘Nessa ordem de idéias – acrescenta – deve ser considerada a inviolabilidade do sigilo da correspondência, com vistas à finalidade ética ou social do exercício do direito que resulta da garantia; tutela desta natureza não pode ser colocada para proteção de atividades criminosas ou ilícitas. Certamente há limitações que, em casos concretos, aconselham as exigências de segurança da execução penal, inclusive com a limitação do direito e sigilo da correspondência do preso. Podem ser efetuadas a interceptação e a violação da correspondência no caso de suspeita da prática de infração penal, da remessa ou recebimento de objetos proibidos, de dúvidas quanto ao remetente ou destinatário, da preservação da segurança do presídio, das medidas para impedir a fuga ou motins, das comunicações que comprometem a moral e os bons costume, ou seja, em todas as hipóteses em que avulte o interesse social ou se trate de proteger ou resguardar direitos ou liberdade de outrem ou do Estado, também constitucionalmente assegurados’. (grifo do autor)

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados, tem se pronunciado pelo emprego da prova ilícita *pro societate*.

No julgamento do *Habeas Corpus* 3.982/RJ, em decisão polêmica e inédita, o STJ adotou a teoria da proporcionalidade *pro societate*, reconhecendo como eficaz, para embasar a acusação, prova ilicitamente obtida:

Constitucional e Processual 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 artigo 5º da Constituição, que fala que 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da 'atualização constitucional' (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'razoabilidade' (REASONABLENESS). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (EXCLUSIONARY RULE) também lá pede temperamentos (STJ, HC n. 3.982/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU 26/02/1996).

Consoante se depreende do voto-relator, o eminente Min. Adhemar Maciel acatou o princípio da proporcionalidade para os casos de interceptação das comunicações telefônicas autorizada antes da Lei 9.296/96, desde que haja expressa autorização do juiz, e sob a condição de que esta autorização "não seja dada fora dos princípios lógicos", uma vez que a exigência constitucional de lei estabelecendo as conjecturas de limitação ao sigilo:

[...] só tem lugar sem a observância do sistema constitucional, e cairia em outro absurdo, o de que um texto feito em defesa da sociedade, do homem de bem, deve ser utilizado para proteger um marginal. Isso não entra na cabeça de ninguém, nem do juiz, dentro de seu equilíbrio, da sua isenção, porque o juiz também é humano, e percebe as coisas fora do processo.

A recente decisão abaixo ratifica a orientação que vem sendo progressivamente adotada acerca da relatividade dos direitos contemplados no texto constitucional e da proibição constitucional às provas obtidas por meios ilícitos quando se verifica em maior dimensão o interesse público. Confira-se o seguinte aresto:

Embora a Carta Magna, no capítulo das franquias democráticas ponha em destaque o direito à privacidade, contém expressa ressalva para admitir a quebra do sigilo para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII), por ordem judicial. A jurisprudência pretoriana é uníssona na afirmação de que o direito ao sigilo bancário, bem como ao sigilo de dados, a despeito de sua magnitude constitucional, não é um direito absoluto, cedendo espaço quando presente em maior dimensão o interesse público. Legislação integrativa do cânon constitucional autoriza, em sede de persecução criminal, mediante autorização judicial, o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancários, financeiros e eleitorais (Lei n. 9.034/95, art. 2º, III), bem como a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática (Lei n. 9.296/96, art. 1º, parágrafo único) (STJ, HC n. 15.026/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU 04/11/02).

Dessa forma, pela sua maior magnitude, o caráter assecuratório dos interesses dignidade e justiça devem ser resguardados quando em confronto com outros direitos, notadamente o direito a intimidade e privacidade. A respeito da licitude da prova, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. Precedentes do STF (STJ, HC n. 7.216/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU 25/05/98).

Enfim, pelo que se apercebeu em face de todos os julgados acima colacionados, é a conotação rígida e absoluta do mandamento constitucional na jurisprudência pretoriana, firmando-se orientação pela inadmissibilidade processual das provas ilícitas, pouco importando a sua relevância para o deslinde da causa penal, salvo nos casos onde a prova ilícita é obtida para favorecer o réu, em obediência ao princípio da presunção de inocência.

Por seu turno, na esteira da teoria da proporcionalidade alemã, constata-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem gradativa e progressivamente adaptando-se aos novos tempos e à criminalidade organizada, isto é, a prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção ao princípio da proporcionalidade, a qual deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate*, visto que os direitos e garantias fundamentais, para esse Tribunal, não

são tratados de forma absoluta, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais.

Apesar disso muitas restrições ainda persistem em nossos Tribunais quando da aplicação do princípio da proporcionalidade em sede de provas ilícitas, especialmente no tocante a interpretação sistemática da Constituição e da ponderação de bens em conflito, que, para muitos, é critério deveras subjetivo, gerando insegurança jurídica. Todavia, é permitido destacar que o princípio da proporcionalidade tem fundamento constitucional estando disposto no §2º do art. 5º, *in verbis*: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados". Logo, a garantia da inadmissibilidade das provas ilícitas não pode preponderar quando elimina outros direitos fundamentais também expressos na Carta Magna.

## 5 CONCLUSÃO

Ao encerrar esse trabalho, tendo em vista a necessidade de serem apresentadas proposições conclusivas, salienta-se que, durante toda a narrativa, muitas assertivas foram formuladas e uma sucessão de posições foram destacadas, de maneira a exprimir pontos de vista essenciais para a indicação do norte ao qual se chegaria. Assim, sem a preocupação de estabelecer conclusões definitivas acerca do tema proposto, as observações abaixo delineadas traduzem tão somente as considerações conclusivas mais amplas extraídas da monografia ora finalizada.

Inicialmente, o que se tencionou analisar é a maneira como o princípio da proporcionalidade, presente na Constituição de maneira implícita e plasmado no Estado de Direito, atua em relação ao nosso ordenamento jurídico, notadamente no Processo Penal, constituindo, na realidade, importante princípio de interpretação da Constituição e garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Em seu desenvolvimento histórico, compreende-se que a proporcionalidade transformou-se em limite à intervenção estatal na esfera de liberdade individual dos cidadãos, possibilitando a proteção, de maneira igualitária, dos direitos do cidadão e dos interesses da sociedade quando confrontados.

Nesta perspectiva, denota-se que os direitos fundamentais, objeto do princípio da proporcionalidade, são limitados por sua própria natureza, ou melhor, todos os direitos, até mesmo o direito à vida, o mais soberbo deles, são relativos, por efeito do princípio da convivência das liberdades, impondo-se, por essa razão, uma interpretação razoável e coerente dos bens jurídicos em contraste.

Assim, na hipótese de colisão de dois ou mais princípios constitucionais ou de direitos fundamentais, a maneira adequada para utilização da proporcionalidade é a ponderação de bens, pela qual se estabelece uma relação de precedência condicionada, incumbindo ao aplicador da lei observar, na regulação das medidas limitativas desses direitos, se a restrição é idônea, necessária e proporcional à consecução do fim constitucionalmente legítimo.

Nesse contexto, revela-se a importância do instituto da prova ilícita, vedada pelo artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988, uma vez que ocorrendo

uma hipótese de utilização de uma prova ilicitamente obtida em um processo criminal, estar-se-á, irrefragavelmente, diante de um conflito entre direitos fundamentais, devendo-se, a fim de solucionar aludida problemática, dessa maneira, aplicar o princípio da proporcionalidade mediante o exame sucessivo de seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

No entanto, para grande parte da doutrina e jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de albergar provas ilícitas no processo, podemos perceber uma conotação rígida e absoluta do mandamento constitucional, firmando-se a orientação pela inadmissibilidade dessas provas, uma vez que o provimento jurisdicional definitivo deverá estar lastreado em provas obtidas pela realização do devido processo legal, com respeito a todos os direitos e garantias constitucionais, isto é, nas provas lícitas que não lesem o direito material e os postulados inscritos na Carta Magna.

O presente trabalho, todavia, questiona tal posicionamento.

Entende-se, aqui, que a melhor interpretação é aquela que defende que a proibição constitucional à adoção da prova ilícita deve sucumbir nos casos em que a sua observância inflexível conduza a uma lesão de um direito fundamental de maior magnitude.

É evidente que as autoridades deverão cumprir sua função da maneira menos nociva ao réu e em conformidade com a lei. No entanto, é certo que nenhum princípio constitucional tem valor absoluto, devendo ser analisado frente aos objetivos fundamentais do Estado.

Nesse diapasão, a Lei Maior, como de resto qualquer lei, tem a obrigação de apresentar um caráter eminentemente ético, não podendo constituir instrumento de amparo para a prática de abusos por parte de marginais da pior espécie, em nome da proteção dos direitos e garantias individuais de criminosos. Não se pode deixar graves crimes impunes para resguardar a garantia da inviolabilidade do domicílio, o direito à vida privada e à intimidade. Por essa razão, a teoria da proporcionalidade deve ser utilizada para mitigar a proibição da admissão de provas obtidas por meios ilícitos seja em benefício do réu, seja em prol da acusação.

No tocante à aplicação do princípio da proporcionalidade em benefício do acusado entende-se plenamente possível, haja vista que, nesse caso, segundo parte da doutrina, afastar-se-á a ilicitude da prova mediante regras justificantes, como é o caso da legítima defesa e do estado de necessidade. Desse modo, a regra proibitiva do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal será desprezada quando em confronto com o direito à ampla defesa, conduzindo, assim, à adoção da prova ilícita em favor do réu.

Por seu turno, quando a prova é obtida mediante a violação de algum direito individual a fim de propiciar a prisão ou condenação do réu, entendemos que ela também deve ser utilizada sempre com escopo de combater crimes mais graves, principalmente se estes são cometidos por organizações criminosas, assegurando-se, assim, a preservação da ordem pública, por força, inclusive, de outro princípio constitucional: o da igualdade das partes. Ora, se a liberdade individual é preservada pela teoria da proporcionalidade, autorizando-se a utilização de provas obtidas ilicitamente em favor da liberdade de um indivíduo, maior razão existe para adotar-se aludida teoria quando se tratar da liberdade de uma coletividade.

O princípio da proporcionalidade, obviamente, não pode ser aplicado de forma irrestrita, ao bel prazer de quem o está utilizando. Ou melhor, não se pretende defender aqui, por inadmissível diante de nosso ordenamento constitucional, o princípio do *male captum, bene retentum*, vale dizer, a ilicitude da obtenção da prova não subtrai o valor que ela possua como elemento útil na formação do convencimento do juiz, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infrator que as produziu ao arrepio da norma garantista. Tal admissão levaria ao estímulo da prática de condutas nocivas ao direito, principalmente por autoridades públicas, o que ocasionaria grave volubilidade nas relações sociais. Também não se está exaltando a busca da verdade real à finalidade última da *persecutio criminis*.

O que se almeja alcançar é a aplicação da justiça, garantindo um dos objetivos do Estado Democrático de Direito que é a edificação de uma sociedade livre, equânime e solidária, e, ao mesmo tempo, impedir que a impunidade cresça em detrimento da sociedade pelo simples fato de certas pessoas conjeturarem uma utopia constitucional, um mundo de fantasia que contesta a realidade ao seu redor e coloca em risco a própria estrutura estatal.

Em face do exposto, não vislumbro motivo razoável para que não se acolha, igualmente, o princípio da proporcionalidade *pro societate*.

No entanto, é forçoso reconhecer que o problema das provas ilícitas dificilmente encontrará uma solução pacífica, que venha agradar a gregos e troianos.

A opção que se faz na presente obra, estudado o tema no campo do Processo Penal, ecoa-se como a mais civilizada em razão do interesse público que, de acordo com o raciocínio aqui exposto, deve sobressair sobre o individualismo exacerbado e injusto que ofende o interesse comum.

## BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar. 1999.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: RT, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de processo civil**. v. 1. São Paulo: RT, 1997.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Igualdade perante a lei**. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 78, abr./jun. 1986.

\_\_\_\_\_. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade do direito constitucional**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. n. 4, 1996.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

CÁFFARO, Luís Carlos. **O ministério público e o crime organizado**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. n. 1. jan./jun. 1995

CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. **Da prova no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1982.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito tributário**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Os cânones do direito administrativo**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: n. 97/5, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. 3. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Constituição da república. Código de processo penal e sua reforma. Justiça penal**: críticas e sugestões. Centro de extensão Universitária. São Paulo: RT, 1984.

\_\_\_\_\_. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

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

GOMES, Luiz Flávio. **Pode o criminoso ser condenado com base em provas ilícitas?**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em 12 jul. 2007.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e prova no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

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

\_\_\_\_\_.; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: RT, 2003.

MARIANO DA SILVA, César Dario. **Provas ilícitas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 04, 1996.

\_\_\_\_\_. **A constituição e as provas ilicitamente obtidas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. **O processo penal norte-americano e sua influência**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 12, jul./dez. 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **As provas ilícitas e o sigilo bancário**. Rio de Janeiro: IEJ, 1989.

\_\_\_\_\_. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

MITTERMAIER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução: Herbert Wüntzel Heinrich. 3. ed. Campinas: Boockseller, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 1994.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TÁCITO, Caio. **A razoabilidade das leis**. Revista Forense n. 335/04-07. jul./set. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. v. 4. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 3. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.