

ASPECTOS GERAIS DA PROVA ILÍCITA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Laís MENEZHIN¹

RESUMO: O Estado de Direito surgiu estabelecendo limites jurídicos às arbitrariedades dos governos absolutistas e vinculando-os às leis. Por esta nova ideologia, baseada nos princípios da legalidade e republicano, o Estado deve atuar de acordo com o que é estabelecido na lei, especialmente na Constituição, que adquiriu força normativa, concretizando a vontade do povo. Nesta esteira, a Constituição Federal de 1988, acolhendo o entendimento pacificado pelos Tribunais pátrios, refutou, sem qualquer exceção, a admissibilidade das provas ilícitas no processo, trazendo esta garantia fundamental e cláusula pétrea expressa no texto constitucional. Contudo, o legislador constituinte não trouxe o conceito de prova ilícita, nem seu regramento legal, tarefa cumprida pelo legislador ordinário ao alterar a redação do artigo 157, do Código de Processo Penal. O mencionado dispositivo definiu prova ilícita e a regulamentou, estendendo esta inadmissibilidade às provas ilícitas por derivação, conceituando-a e prevendo exceções, como a teoria da fonte independente e do descobrimento inevitável. A partir de então, intensificaram-se as discussões a respeito das provas obtidas ilicitamente no processo, ensejando no surgimento de outros mecanismos de aproveitamento destas provas, como a teoria da proporcionalidade, da legítima defesa em sede de prova ilícita, da prova ilícita *pro reo* e do encontro fortuito das provas.

Palavras-chave: Estado de direito. Princípio da legalidade. Crise da legalidade. Neoconstitucionalismo. Prova ilícita originária. Prova ilícita por derivação. Inadmissibilidade. Mecanismos de aproveitamento. Admissibilidade.

1 INTRODUÇÃO

Busca-se através do presente trabalho abordar os aspectos históricos e filosóficos que ensejaram a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo, bem como a evolução normativa da vedação de tais provas no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, objetiva-se trazer conceitos básicos, assim como as exceções a esta garantia fundamental e cláusula pétrea expressa no texto constitucional, que permitem o aproveitamento das provas ilícitas no processo.

¹ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. lais-meneghin@hotmail.com

As provas ilícitas são aquelas obtidas a partir de violações ao ordenamento jurídico e aos princípios constitucionais penais, razão pela qual são vedadas no processo, não sendo aptas a ensejar um decreto condenatório. Todavia, esta garantia fundamental não é absoluta, havendo teorias que, excepcionalmente, permitem que tais provas sejam aproveitadas.

É de extrema importância que os operadores do direito saibam identificar as provas obtidas ilicitamente no processo e conheçam o regramento legal destas provas, bem como seus mecanismos de aproveitando no processo e na formação do convencimento do magistrado.

Certamente após a leitura deste trabalho, o leitor entenderá os aspectos históricos e filosóficos que ensejaram a inadmissibilidade das provas ilícitas, assim como a evolução normativa desta vedação no ordenamento jurídico pátrio e concluirá que há exceções a esta garantia fundamental, que permitem, excepcionalmente, que tais provas sejam utilizadas no processo.

2 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO ESTADO DE DIREITO

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

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

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

Desta maneira, surgiu a ideia de um governo pautado em leis, que representassem os anseios da sociedade, que não mais estaria submetida aos arbítrios da realeza. Ademais, almejava-se a tutela dos direitos e garantias

fundamentais, os quais deveriam ser respeitados pelos governantes e para tanto, pensa-se na existência da separação de poderes, a fim de evitar abusos e combater os arbitrários decretos dos reis soberanos.

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

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

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

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

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

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

Neste sentido:

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

Posto isto, constata-se que o Estado de direito está vinculado à existência de uma Constituição, que evidencia o compromisso do Estado com a democracia e a tutela dos direitos fundamentais, pois é na Constituição que tais direitos, bem como os mecanismos utilizados para assegurá-los serão elencados.

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

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

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

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

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

2.1 O princípio da legalidade no Estado de Direito

O princípio da legalidade consiste em um princípio específico do Estado de Direito, sendo a base desta forma de governo. Tal princípio está

“enunciado no Del l’esprit des lois (e duas vezes) e recebeu uma forma definitiva no art. 5º da Declaração de 1789” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 23).

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 101), “o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática”. Confirmando este entendimento aduz José Afonso da Silva (2011, p. 423) que o princípio da legalidade “significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador”.

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

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

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

Portanto, no Estado de Direito em decorrência do princípio da legalidade, o poder emana do povo e os governantes, assim como o legislativo, são apenas representantes da sociedade civil organizada, atuando de acordo com o que por ela é estabelecido, sob pena de violar o citado princípio. Assim sendo, constata-se que o princípio da legalidade vincula a Administração Pública, conforme confirma José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 65):

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

Ante o exposto, torna-se evidente que o princípio da legalidade se aplica perfeitamente ao direito brasileiro, sendo assegurado em todas as

Constituições pátrias, salvo a Carta de 1937, conforme ressalta Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 285):

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

Deste modo, além do princípio da legalidade ser o princípio base do Estado de Direito, este se encontra consagrado na Constituição Federal de 1988, conforme se verifica nos artigos 5º, II; 37, *caput* e 84, IV.

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

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

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

Ademais, o artigo 37, da Lei Magna ao estabelecer que, “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, condiciona o exercício da atividade administrativa a observância da lei, razão pela qual para José

Afonso da Silva (2011, p. 428) “na administração pública” “não há liberdade nem vontade pessoal”, sendo somente “permitido fazer o que a lei autoriza”.

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

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

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

2.2 O princípio republicano no Estado de Direito

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A este respeito complementa José Afonso da Silva (2011, p. 103):

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

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

2.3 A crise da legalidade

Como exposto anteriormente, o Estado de direito fundamenta-se no princípio da legalidade. Entretanto, adverte José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 64) que “o princípio da legalidade já não é o que era”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4 Neoconstitucionalismo

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

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

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

2.4.1 Marco histórico

Considera-se como marco histórico do neoconstitucionalismo a 2ª Guerra Mundial, haja vista que após esta, o direito constitucional passou por profundas transformações, apresentando como principais referências a Lei Fundamental de Bonn (1949), a Constituição da Itália (1947), a criação do Tribunal Constitucional Federal (1951), bem como da Corte Constitucional (1956), a Constituição de Portugal (1976) e a Constituição da Espanha (1978).

Ocorre que com a queda dos governos autoritários, tornou-se necessário a criação de direitos e garantias fundamentais, bem como de mecanismos capazes de controlar a Constituição, a fim de proteger os cidadãos contra os arbítrios dos governantes.

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

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

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

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

2.4.2 Marco filosófico

O neoconstitucionalismo apresenta como marco filosófico o pós-positivismo, no qual a ideologia de “lei como expressão da “vontade geral” foi

superada pela hermenêutica jurídica que (...) desenvolveu a distinção entre as regras e os princípios, para dar força normativa a estes” (CAMBI, 2007, p. 05).

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

2.4.3 Marco teórico

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

2.4.3.1 A força normativa da Constituição

É evidente que as relações de poder existentes em um país estão consagradas em sua Constituição, conforme entendimento firmado por Konrad Hesse (1991, p. 09):

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

Entretanto, em que pese à importância da Constituição para um país, esta inicialmente era vista apenas como “uma carta de intenções políticas” (CAMBI, 2007, p. 06), isto é, como “um documento essencialmente político, um convite à

atuação dos Poderes Políticos” (BARROSO, 2007, p. 05), onde era discricionariedade do legislador, bem como do governante concretizar as disposições trazidas no texto constitucional e o judiciário, por sua vez, não possuía relevância na efetivação de tais disposições.

Todavia, em meados do século XX, esta ideologia existente até então, foi alterada, rompendo-se com o constitucionalismo clássico, posto que por meio da reconstitucionalização, a norma constitucional passou a ser considerada norma jurídica, adotada, portanto de força normativa.

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

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

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

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

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

2.4.3.2 A expansão da jurisdição constitucional

Antes da 2ª Guerra Mundial, a maioria dos países europeus era caracterizada pela supremacia no Parlamento, sendo que este prevalecia sob os outros poderes, ditando as normas que regiam a vida em sociedade.

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

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

Assim, tornou-se necessária a adoção de um modelo de controle de constitucionalidade, bem como a criação de tribunais aptos a realizar tal controle, sendo que no Brasil, este controle de constitucionalidade é realizado de forma incidental, bem como por meio da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da ação direta interventiva pelo Poder Judiciário.

Desta feita, o magistrado de qualquer instância pode verificar se há compatibilidade entre um ato normativo ou uma lei e a Constituição pátria, eis que “pelo princípio da supremacia da Constituição, nenhuma lei e, assim, nenhuma ato normativo pode ferir a Constituição, sob pena de carecer de validade e merecer a censura judicial” (CAMBI, 2007, p. 08 e 09).

2.4.3.3 A nova interpretação constitucional

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

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

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

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

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

2.5 A transformação do princípio da legalidade

Ante a crise da legalidade, indaga-se se o princípio da legalidade continua a ser a base do Estado de direito. De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho (1999, p. 64), para esta pergunta, “a resposta é inequivocamente afirmativa”, haja vista que a lei representa a vontade do povo, que é veiculada pelo Poder Legislativo e vincula o Poder Executivo, bem como o Poder Judiciário, razão pela qual “se afirma que o <<poder vem da lei>> e que não há exercício legítimo do poder público sem fundamento na lei” (CANOTILHO, 1999, p. 64 e 65).

Entretanto, conforme ressalta Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 45) “o princípio da legalidade obviamente não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico”. Isto, pois, anteriormente o princípio da legalidade implicava “na redução do direito à lei” (MARINONI, 2008, p. 45), porém, considerando que é lei representa a vontade do grupo mais forte existente no parlamento, torna-se

necessário submeter às leis editadas ao controle de constitucionalidade, observando se está em consonância com os princípios e direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

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

Desta maneira, tornou-se necessária dar nova feição ao princípio da legalidade, eis que “se antes esse princípio era visto em uma dimensão formal, agora ele tem conteúdo substancial, pois requer a confrontação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais” (MARINONI, 2008, p. 46), “substituindo o velho princípio da legalidade formal pelo princípio da estrita legalidade ou da legalidade substancial” segundo Luigi Ferrajoli (apud MARINONI, 2008, p. 46).

3 PROVA ILÍCITA

3.1 Vedação da prova ilícita como garantia fundamental e cláusula pétrea

A Constituição Federal promulgada em 1988, além de estabelecer expressamente em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil consiste em um Estado Democrático de Direito, no qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, II, CF), estabeleceu em seu artigo 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Por meio desta disposição, o legislador constituinte elencou a inadmissibilidade das provas “colhidas em infringência às normas de direito material” (MORAES, 2006, p. 264) como uma das garantias fundamentais dos cidadãos e

que, a teor do artigo 60, §4º, IV, CF, não pode haver emenda tendente a abolir a citada garantia, sendo, portanto, cláusula pétrea.

Sendo assim, as provas obtidas por meios não permitidos no ordenamento jurídico pátrio em decorrência da referida determinação constitucional pétrea não possuem força probatória e não podem ser utilizadas na formação do convencimento do magistrado.

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

O direito probatório, assim como os demais direitos fundamentais, não é absoluto, visto que, em um Estado Democrático de Direito, onde há a supremacia da Constituição, bem como dos direitos fundamentais por esta tutelados, “a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço” (LIMA, 2011, p. 883).

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

Neste prisma, destaca Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 884):

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

Nessa linha, Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 303):

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

Portanto, a inadmissibilidade da prova ilícita é imprescindível para frear arbitrariedades cometidas pelo Estado e proteger o “direito à intimidade, à

privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI)” (PACELLI, 2009, p. 303), “inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (CF, art. 5º, inc. XII), vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, inc. III), respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, inc. XLIX) etc” (LIMA, 2011, p. 885).

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

Entretanto, embora as provas ilícitas e ilegítimas fossem vedadas no Código de Processo Civil, neste período não havia qualquer dispositivo correspondente no Código de Processo Penal, não existindo neste, balizas a serem observadas na produção da prova.

Todavia, mesmo não havendo no Código de Processo Penal vedação expressa à utilização de provas obtidas por mecanismos contrários a norma jurídica, a jurisprudência não admitia que fossem empregadas.

Confirma-se o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

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

Observando o entendimento pacificado pelos Tribunais, segundo o qual as provas que contrariassem o ordenamento jurídico não eram admitidas no processo, bem como no inquérito policial, a Constituição Federal de 1988, por meio do disposto em seu artigo 5º, LVI, refuta, sem qualquer exceção, a admissibilidade da prova ilícita no processo, sendo esta uma garantia fundamental e cláusula pétrea que está expressa no texto constitucional, a fim de assegurar que os direitos

fundamentais dos cidadãos sejam respeitados, impedindo que sejam violados assim como ocorreu nos anos em que se instalou a Ditadura Militar no país.

Assim sendo, em razão da disposição do artigo 5º, LVI, da CF e do artigo 322, do CPC, a qual era aplicada ao Código de Processo Penal em caráter supletivo, prevalecia o entendimento de que a inadmissibilidade da prova ilícita era absoluta, não podendo o magistrado fundamentar sua decisão em tal prova, haja vista que não ostentava força probatória.

Neste sentido era jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

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

Contudo, em que pese a Lei Magna em seu artigo 5º, LVI prevê a vedação das provas ilícitas, não trazia o conceito destas provas, “nem tampouco regramento legal acerca das consequências de sua utilização no processo” (LIMA, 2011, p. 885). Dessa maneira, o operador do direito baseava-se na doutrina a fim de obter tal conceito, bem como distinguir provas ilícitas e ilegítimas e suas consequências.

Com o advento da Lei nº. 11.690/2008, “que imprimiu a reforma no sistema probatório brasileiro” (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 313), o artigo 157, do Código de Processo Penal teve sua redação alterada, a fim de definir e positivar a inadmissibilidade das provas ilícitas, ao dispor que:

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

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

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

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

§ 4º (VETADO).

Constata-se que o legislador ordinário, no *caput* do artigo 157, do CPP define as provas ilícitas como “aquelas provas obtidas em violação a norma de caráter constitucional ou infraconstitucional, e, por consequência, devem ser desentranhadas dos autos” (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 313).

Posto isto, de acordo com a doutrina, há as provas ilícitas estrito senso e as provas ilegítimas, sendo que aquelas “violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais” (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 312), enquanto estas contrariam “normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie” (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 312).

Todavia, além de definir prova ilícita e positivar a vedação destas provas, a Lei nº. 11.690/2008 no §1º, do artigo 157, do CPP, define a prova ilícita por derivação e prevê a teoria da prova ilícita por derivação, bem como a denominada exceção de fonte independente.

Ademais, no §2º do mencionado dispositivo, a teoria da fonte probatória independente foi regulamentada, permitindo o aproveitamento de provas ilícitas por derivação quando o descobrimento destas fosse inevitável.

Ressalta-se que embora as alterações promovidas no artigo 157, do CPP sejam recentes, o Supremo Tribunal Federal já possuía jurisprudência consolidada no tocante a aplicação da teoria da prova ilícita por derivação e da teoria da fonte probatória independente, razão pela qual a Lei nº. 11.690/2008 apenas normatizou o entendimento dos Tribunais.

Comprovada a ilicitude da prova, esta não pode ser mantida no processo, devendo o magistrado, após ouvir as partes, desentranhá-la, “e uma vez preclusa a decisão, haverá a destruição da prova ilícita, facultando às partes acompanhar tal expediente” (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 313), nos termos do artigo 157, §3º, do CPP. Porém, adverte Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, 305) que “a inutilização da prova ilícita dependerá da existência (ou não) de possíveis consequências jurídicas ao responsável por sua produção”.

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

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

3.3 Distinção entre prova ilícita originária e prova ilícita por derivação

A prova ilícita originária, também chamada de prova originariamente ilícita, é aquela que embora tenha aparência de prova, não é, eis que se trata de uma violação às “disposições de direito material ou princípios constitucionais penais” (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 312). Trata-se, portanto, de uma prova que fere o princípio da legalidade.

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

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

Provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal.

Isto ocorre, pois, na busca pela verdade, há um nexo de causalidade entre as provas, segundo o qual uma leva à outra, havendo uma ligação entre a prova primitiva e outra dela derivada, formando assim o conjunto probatório que irá ensejar o decreto condenatório.

Desta maneira, havendo uma prova ilícita, esta contamina as demais, se estendendo até a sentença, segundo o princípio da consequencialidade das provas. De acordo com este princípio, como uma prova é consequência da outra, a ilicitude de uma, enseja a ilicitude das outras derivadas desta.

Trata-se da teoria da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), que surgiu no direito norte-americano e vinha sendo amplamente acolhida pelos Tribunais pátrios, razão pela qual foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro no artigo 157, §1º, do Código de Processo Penal. Por esta teoria, “a prova ilícita produzida (árvore), tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos)” (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 315).

Portanto, as provas originariamente ilícitas assim como as destas derivadas, são inadmissíveis no processo, devendo, por consequência, serem desentranhadas dos autos.

3.4 Mecanismos de aproveitamento da prova ilícita

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

3.4.1 Teoria da fonte independente da prova

A teoria da fonte independente da prova surgiu no direito e norte-americano, sendo acolhida pelos Tribunais brasileiros e positivada por meio da Lei nº. 11.690/2008, que acrescentou o §1º ao artigo 157, do Código de Processo Penal.

Por esta teoria, caso seja demonstrado que no processo há outra fonte de prova diversa da originariamente ilícita, havendo assim uma prova lícita que conduz ao mesmo caminho que a prova ilícita, inexistente contaminação assim como a aplicação da teoria da árvore envenenada, não se questionando sua admissibilidade no processo.

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

De acordo com a teoria da exceção da fonte independente, se o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova, que não guarde qualquer relação de dependência, nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vínculo causal, tais dados probatórios são admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

Constata-se que, para a aplicação da mencionada teoria, é imprescindível a demonstração de que a prova é lícita, não possuindo nexos de causalidade com a prova obtida ilicitamente, pois “não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivam da ilícita” (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 317).

Nesta esteira, conclui-se que “a teoria da fonte independente baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção a prova posteriormente à ilícita)” (OLIVEIRA, 2009, p. 319), devendo a prova ser pura e livre de qualquer contaminação.

3.4.2 Teoria do descobrimento inevitável da prova

Esta teoria afasta a ilicitude da prova, posto que enseja a ruptura do nexos causal entre a prova obtida ilicitamente e a desta derivada, por caso fortuito ou força maior. Isto é, há o rompimento do nexos de causalidade, havendo a comprovação inequívoca de que de qualquer maneira se chegaria à prova derivada.

Nestor Távora e Rosmar Antonni (2009, p. 317) a respeito esta teoria, sustentam que:

(...) se a prova, que circunstancialmente decorre de prova ilícita, seria conseguida de qualquer maneira, por atos de investigação válidos, ela será aproveitada, eliminando-se a contaminação. A inevitabilidade da descoberta leva ao reconhecimento de que não houve um proveito real, com violação legal.

Assim sendo, restando comprovado que “a prova ilícita, que deu ensejo à descoberta de uma outra prova, seria colhida mesmo sem a existência da ilicitude, não teria o condão de contaminá-la” (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 317), sendo, portanto, admitida no processo.

3.4.3 Teoria da proporcionalidade

De acordo com o entendimento pacificado pela doutrina e pelos Tribunais alemães, assim como de outros países europeus, excepcionalmente, vem sendo admitido o aproveitamento das provas ilícitas ante ao princípio da proporcionalidade, conforme leciona Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 329):

(...) o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado pela jurisprudência da Alemanha e de alguns países da Europa para fins de permitir, sempre excepcionalmente, o aproveitamento de provas obtidas ilicitamente.

No entanto, o princípio da proporcionalidade apresenta uma dupla face, sendo: o *princípio da proibição de excesso*, o qual visa proteger os cidadãos contra as arbitrariedades praticadas pelo Estado no combater ao crime e o *princípio da proibição de proteção deficiente ou vedação da infraproteção*, segundo o qual, além de existir a proteção vertical, contra os abusos do Estado, faz-se necessário haver a proteção horizontal, cabendo ao Estado proteger os cidadãos de agressões de terceiros, não podendo haver, portanto, proteção deficitária.

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

O campo de atuação do princípio da proporcionalidade é polarizado. Tem-se admitido que ele deve ser tratado como um “superprincípio”, talhando a

estratégia de composição no aparente “conflito principiológico” (ex. proteção da intimidade *versus* quebra de sigilo). Por sua vez, deve ser visto também na sua faceta da *proibição de excesso*, limitando os arbítrios da atividade estatal, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vedando-se a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime.

Deve-se destacar ainda, (...) outra modalidade do princípio da proporcionalidade, que é a *proibição de proteção deficiente*. O campo de proteção do cidadão deve ser visto de forma ampla. Existe a “proteção vertical”, contra os arbítrios do próprio Estado, evitando-se assim excessos, como visto acima, e a “proteção horizontal”, que é a garantia contra agressões de terceiros, “no qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões”. Portanto, a atividade estatal protetiva não pode ser deficitária, o que pode desaguar em nulidade do ato.

Destarte, em que pese ser vedada a admissibilidade da prova obtida ilicitamente, é possível que esta seja aproveitada no processo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, que vem sendo aplicado ao direito processual penal.

3.4.4 Legítima defesa em sede de prova ilícita

A teoria da legítima defesa em sede de prova ilícita vem sendo amplamente admitida no processo e não se justificaria o contrário, pois assim como, no Direito Penal, a legítima defesa exclui a ilicitude de um fato, no processo, esta consiste em um mecanismo apto a afastar a ilicitude de uma prova, legitimando-a.

3.4.5 Prova ilícita *pro reo*

A inadmissibilidade da prova ilícita no processo consiste em uma garantia fundamental, que visa impor limites ao *jus puniendi* do Estado, entretanto, “doutrina e jurisprudência têm admitido a possibilidade de utilização de prova ilícita no processo quando ela for produzida em benefício do acusado” (LIMA, 2011, p. 919), isto, pois, “em que Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente” (OLIVEIRA, 2009, p. 330).

Nessa linha, em que pese à prova obtida ilicitamente ser inadmissível no processo para sustentar um decreto condenatório, esta pode ser empregada para absolver o réu inocente.

3.4.6 Teoria do encontro fortuito de provas

Por esta teoria, também chamada de teoria do encontro causal das provas, há “encontro fortuito quando a prova de determinada infração penal é obtida a partir da busca regularmente autorizada para a investigação de outro crime” (OLIVEIRA, 2009, p. 322).

Neste sentido Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 906 e 907):

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

Destarte, se durante a realização de diligências devidamente autorizadas por autoridade competente foram obtidas provas de infração diversa daquela investigada, estas não serão ilícitas, sendo força probatória e, portanto, validade no processo.

3 CONCLUSÃO

Ante ao exposto, constata-se que a inadmissibilidade da prova ilícita no processo decorreu da necessidade de tutelar direitos fundamentais dos cidadãos, como a intimidade, a privacidade, a imagem, a inviolabilidade do domicílio e das comunicações e dados, a integridade física e moral do preso, freando assim os atos arbitrários praticados pelo Estado e limitando o *jus puniendi*, isto, pois, em um Estado de Direito, não se justifica que a verdade real seja obtida mediante violação dos direitos fundamentais.

Destarte, a Constituição Federal de 1988 trouxe a inadmissibilidade da prova ilícita no processo como uma garantia fundamental e, por conseguinte, como

cláusula pétrea expressa no texto constitucional em seu artigo 5º, LVI, acolhendo o entendimento pacificado na jurisprudência dos Tribunais pátrios.

Visando adequar o Código de Processo Penal a tal garantia fundamental, o legislador ordinário por meio da Lei nº. 11.690/2008 alterou a redação do artigo 157, da legislação processual penal brasileira, definindo prova ilícita originária e derivada, bem como prevendo seu regramento legal e trazendo exceções a vedação de tais provas no processo.

Assim sendo, a inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente no processo que, de acordo com a Constituição Federal é uma garantia absoluta, foi relativizada pelo mencionado dispositivo do Código de Processo Penal assim como pela doutrina e pela jurisprudência.

Portanto, a partir do caso concreto, o magistrado ao verificar que a prova existente nos autos viola o ordenamento jurídico ou princípios constitucionais penais, deve analisá-la considerando a teoria da fonte independente, do descobrimento inevitável, da proporcionalidade, da legítima defesa em sede de prova ilícita, da prova ilícita *pro reo* e do encontro fortuito de provas, sendo possível, portanto, excepcionalmente, que tal prova seja admitida no processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2004-2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional do Brasil)**. In Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 29/04/2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In Panóptica. Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panotica.org>>. Acesso em: 29/04/2012.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009.