

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA ILÍCITA NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO – UMA ANÁLISE SOB O ENFOQUE DA GOVERNANÇA
CONSTITUCIONAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTRATÉGIAS DA
POLÍTICA JURÍDICA SEGUNDO O PENSAMENTO DE OSVALDO
FERREIRA DE MELO**

Júlio César M. Ferreira de Melo¹

RESUMO

Este trabalho busca analisar questão relacionada com a prova ilícita no processo penal brasileiro sob o enfoque da hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e estratégias da política jurídica. Para tanto, ao longo do trabalho, além da análise da ilicitude da prova no processo penal, buscou-se traçar paralelos com os direitos fundamentais e estratégias da política jurídica.

Palavras-chave: Constituição. Prova. Direitos fundamentais. Política jurídica.

1 INTRODUÇÃO

Não é recente a discussão, em matéria penal, quanto às chamadas provas ilícitas, que, de forma genérica, são aquelas obtidas ao arripio da Constituição ou da lei, ou seja, taxativamente vedadas. É a dicção do art. 157 do Código de Processo Penal: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

¹ Juiz de Direito de Segundo Grau do TJSC. Graduado em Direito pela UFSC (1988). Mestre em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Hermenêutica e Princiologia Constitucional – 2010) e Doutorando em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Endereço lates: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/busca.do;jsessionid=E4708D601D5A5EA7DD4BD1ED4C2394A7.jb_buscacv_218 – email: julio.ferreiramel@gmail.com.

Convém esclarecer, inicialmente, que em determinados casos a prova pode ser considerada como ilícita ou obtida por meios ilícitos. Clássico exemplo é o da escuta telefônica, prevista na Constituição Federal em seu art. 5º, XII, posteriormente regulamentada pela Lei n. 9.296, de 1996. Se a escuta for obtida com violação ao direito material, referida prova torna-se ilícita. Ao contrário, se a prova for obtida em desrespeito à norma processual, será ilegítima.

Leandro Cadenas Prado, em sua obra *Provas Ilícitas*, salienta que:

A teoria dos frutos da árvore envenenada explica adequadamente a proibição da prova ilícita por derivação. Se uma prova é ilícita, todas as que dela derivam também o são. Exemplificando, tem-se a apreensão de entorpecentes advinda de escuta telefônica clandestina. Se esta não existisse, a apreensão jamais ocorreria. Como a escuta foi ilegal, a apreensão também o será. (PRADO, 2009, p. 46).

Atenta-se para a necessidade de que não haja confusão entre provas ilícitas, provas ilegais e ilegítimas: as ilegítimas são obtidas ao arrepio das normas constantes no direito processual; já no que concerne às provas ilegais, essas são tidas como gênero em que as provas ilícitas e ilegítimas são espécies.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, dispõe sobre direitos e garantias fundamentais. Os direitos nela consignados não são absolutos, já que a própria Carta impõe limites à sua aplicação (AVOLIO, 2003, p. 23). Nesse compasso, revela-se imperioso adotarmos o chamado princípio da proporcionalidade, cujo cerne trata da questão fundamental – o interesse preponderante.

A prova no processo penal tende ao esclarecimento de uma verdade, ou seja, sua produção irá possibilitar ao magistrado efetuar a entrega da prestação jurisdicional (abstraindo-se no momento qualquer discussão sobre justiça ou injustiça da decisão a ser proferida – matéria para artigo específico sobre o tema –, já que partimos da ideia de que o processo penal busca a formação de uma certeza jurídica que pode ou não corresponder à realidade histórica).

O debate que ora enfrentamos, em plena era do pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo), no que se refere ao respeito aos direitos fundamentais constitucionais, possui íntima relação com a prova no processo penal, já que esta, para ser produzida, deve respeitar princípios insertos na Constituição, principalmente aqueles previstos nos artigos 5º ao 17 (interessando-nos no momento os direitos e garantias individuais).

Para tanto, abordaremos temas como a prova no processo penal; a relação das teorias da argumentação jurídica com as provas ilícitas; o princípio da proporcionalidade, com incursão na hermenêutica constitucional, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais; e, por fim, estratégias da política jurídica segundo concepção de Osvaldo Ferreira de Melo.

2 DAS PROVAS ILÍCITAS

No processo civil, as disputas predominantemente ocorrem no campo privado, e as partes têm o encargo de trazer aos autos a prova que melhor atenda aos seus interesses (ao autor a prova dos fatos constitutivos; ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito apregoado pela parte contrária).

No processo penal, ao contrário, a busca pela perfectibilização do direito material não fica adstrita à pacificação entre os litigantes, mas, e com muito mais ênfase, vai-se ao encontro da verdade (verdade real para alguns), para a concretização da justiça. Aqui, a liberdade do homem está em jogo.

Não se olvida o fato de alguns doutrinadores sugerirem a atenuação quanto à vedação das provas ilícitas, cujo objetivo consiste na “correção de distorções”. Em caráter excepcionalíssimo, entendemos, uma prova ilícita poderia ser aceita. Segundo Roberta Camilo (2006, p. 590), há na doutrina pelo menos quatro correntes que discutem a admissibilidade ou não da prova ilícita propriamente dita. A primeira, segundo a autora, é a defendida por Hélio Tornaghi e pelo doutrinador italiano Franco Cordero, consignando que “somente a prova ilegítima poderia ser excluída do processo, uma vez que no caso da prova ilícita, embora reconhecesse o vício material, vindo a punir o autor de sua produção, a referida prova continuaria sendo válida” (CAMILO, 2006, p. 610). As três correntes restantes não admitem a prova ilícita no Processo Penal.²

Citando o direito e a jurisprudência alemã, Roberta Camilo invoca o princípio da proporcionalidade como forma de abrandar o princípio da proibição da prova obtida ilicitamente, com a justificativa de que deve prevalecer a ordem social em detrimento de direitos individuais. A par das incessantes discussões sobre a matéria, entendemos correta a linha de pensamento protagonizada pelo direito alemão e o inglês,

² Vide entendimentos de José Frederico Marques e Heleno Cláudio Fragoso.

cujo objetivo seria o de equilibrar posições diametralmente opostas entre a admissibilidade e a inadmissibilidade da utilização da prova ilícita, caso outros interesses (coletividade) necessitem ser preservados.

Ressalta-se que o sistema inglês permite a utilização das denominadas provas ilícitas, que podem ser excluídas de forma discricionária pelo magistrado. Seguindo a mesma linha do sistema anglo-saxão, os Estados Unidos não vedam de modo expresso, em sua Constituição, provas obtidas ilicitamente, apesar de conferirem ao cidadão amplas garantias, como proteção a eventuais ações ilícitas por parte das autoridades.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, ao tecer comentários sobre o sistema americano, sustenta que é:

Emblemático neste panorama o modelo *good faith* (boa fé), pelo qual a iniciativa da população americana, impulsionada pela mídia, pretendia que as atividades policiais ilegais pudessem ser sanadas ante a boa-fé de seus agentes. Segundo seus defensores, a finalidade era positiva, jogando sob suspeita a atividade de juristas na proteção daquele modelo que fez da América o palco da real revolução popular *We the people*. (VALLE FILHO, 2004, p. 62).

Segundo Oswaldo Valle Filho, coube à jurisprudência norte-americana confirmar e tornar efetivas as garantias do cidadão, com fundamento nas garantias consagradas na 4ª e 5ª emendas.

Pellegrini Grinover sustenta que:

Isto significa que certa doutrina reconhece a inconstitucionalidade e conseqüentemente a ineficácia da prova colhida com infração aos direitos fundamentais do homem; ao mesmo tempo, abrandando-se a proibição, em casos excepcionalmente graves e quando a prova ilícita for a única a ser produzida, com o objetivo de tutelar outros valores fundamentais. Trata-se, portanto, de uma questão de proporcionalidade entre a infringência à norma e os valores que a produção da prova pode proteger, por intermédio do processo. Assim, por exemplo, na Alemanha Federal foi recentemente considerada legítima, porquanto processualmente admissível, válida e eficaz, gravação clandestina de entendimentos feitos com a finalidade de extorsão. A própria vítima da extorsão gravou clandestinamente a conversa e a prova foi acolhida em juízo pelo fundamento de que sua produção seria razoável, para que se chegasse a punir o criminoso. Haveria um equilíbrio, uma proporcionalidade entre a ilicitude da colheita da prova e a finalidade a que tendia a gravação. (GRINOVER, 1984, p. 134).

A reforma do Código de Processo Penal, ocorrida em 2008 através da Lei n. 11.690, esclareceu o assunto em seu art. 157, § 1º: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre

umas e outras, ou quando as derivas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

A teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) e a doutrina da fonte independente (*independent source doctrine*) são provenientes do mesmo berço, o direito norte-americano. Enquanto a primeira estabelece a contaminação das provas que sejam derivadas de evidências ilícitas, a segunda institui uma limitação à primeira, nos casos em que não há uma relação de subordinação causal ou temporal (v. *Silverthorne Lumber Co v. United States*, 251 US 385, 40 S Ct 182, 64 L.Ed. 319, 1920 e *Bynum v. United States*, 274, F.2d. 767, 107 U.S. App D.C 109, D.C.Cir.1960).³

Vale dizer que as provas ilícitas não contaminam as demais que não lhes sejam dependentes, inexistente o nexo de causalidade, e as derivadas que poderiam ter sido obtidas por fonte independente (art. 157, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal).

O Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, abordou o assunto no RHC 90376, Segunda Turma⁴, discorrendo sobre a “fonte independente”, conceituada no § 2º do art. 157 do Código de Processo Penal: “§ 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”.

Referida teoria foi “importada” do direito americano (inevitable discovery) e teve sua origem na década de 60 no célebre caso *Bynum*⁵. Em outra linha de argumentação, no caso *Nix v. Williams (Williams II)*, ocorrido em 1984, a Suprema Corte americana acabou concluindo que igualmente não se aplicava (prova ilícita) aos casos em que a prova seria inevitavelmente descoberta *a priori* e através de investigação legal.⁶

³ **Apelação Criminal** (Réu Preso) n. 2014.087753-8, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho.

⁴ Julgado em 03-04-2007, DJe-018, DIVULG 17-05-2007, PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147.

⁵ O acusado havia sido preso ilegalmente e, nessa ocasião, foram tiradas suas impressões digitais, que comprovavam seu relacionamento com um roubo. A prova acabou sendo excluída porque derivada de uma prisão ilegal. Num segundo julgamento, a acusação trouxe, para comparação, outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do F.B.I. Desta forma, reconheceu-se a validade da prova, pois agora não havia conexão com a prisão arbitrária.

⁶ Nesta situação, o acusado cometeu crime de homicídio com ocultação de cadáver, em que figurava como vítima uma criança. A polícia iniciou uma busca para localizar o corpo da

Colhe-se do escólio de Antônio Magalhães Gomes:

Os fundamentos dessas duas exceções à contaminação da prova são evidentemente diversos: na hipótese de haver uma fonte independente, a prova derivada tem concretamente duas origens: uma ilícita e outra lícita, de tal modo que, ainda que suprimida a fonte ilegal, o dado probatório trazido ao processo subsiste e, por isso pode ser validamente utilizado. Já na situação de descoberta inevitável, a prova tem efetivamente uma origem ilícita, mas as circunstâncias do caso permitem considerar, por hipótese, que seria inevitavelmente obtida, mesmo se suprimida a fonte ilícita.

Assim, no primeiro caso (fonte independente) nem mesmo seria correto falar em exceção à regra de contaminação da prova derivada, pois na verdade o que se exclui é a própria relação de causalidade. Esse é, por sinal, o entendimento do Tribunal Supremo espanhol, que tem aplicado o conceito de fonte independente afirmando que não se dá a contaminação da prova derivada quando for possível estabelecer desconexão causal entre a prova que fundamenta a condenação e as obtidas ilicitamente. Daí porque a questão não está colocada como exceção à regra de exclusão, mas como permissão de valoração por não ocorrer derivação de prova inconstitucional. (GOMES FILHO, 2011, p. 7).

A par das acaloradas e intermináveis discussões envolvendo a utilização das denominadas provas ilícitas, em qualquer de suas modalidades acima referidas, temos de considerar o princípio geral de interpretação das normas constitucionais e legais, que permeia entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, como forma de se adequar metodologias para a busca de soluções quando houver colisão entre os últimos. A teoria da proporcionalidade remete ao aproveitamento das provas derivadas das ilícitas.

Consoante orientação emanada pelo STF (no sentido de que ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação), qualquer novo dado probatório, ainda que produzido de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária, como garantia do *due process of law*, preservando-se os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Explicaremos mais adiante que a regra deve admitir exceções em caráter excepcionalíssimo.

Antes de voltarmos à questão relativa à teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, vamos discorrer sobre tema de crucial importância, qual seja, a teoria

infante, com o auxílio de inúmeras pessoas, ocasião em que o réu acabou por confessar o delito, culminando com a localização do corpo. A confissão foi inquinada como ilegal, mas, por outro lado, foi considerada válida a descoberta do corpo (era inevitável e não havia relação com a ilegalidade na obtenção da prova).

da argumentação jurídica e o pensamento de Alexy (exercício amplamente utilizado no presente trabalho), como forma de justificar a utilização, de forma excepcionalíssima, de provas denominadas ilícitas.

Segundo depreende-se da leitura da obra de Atienza, a definição de direito de Alexy parece com uma mistura do normativismo de Hans Kelsen (que foi uma versão influente do positivismo jurídico) e do jusnaturalismo de Gustav Radbruch, mas a teoria da argumentação o colocou bem próximo do interpretativismo jurídico.

A teoria da argumentação jurídica formulada por Alexy coincide com a de MacCormick, já que ambos percorreram o mesmo caminho, mas em sentidos opostos. Alexy, ao contrário de MacCormick, parte de uma teoria da argumentação prática geral, que ele projeta depois para o campo do direito. “A teoria de Alexy significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiana e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do direito” (ATIENZA, 2006, p. 160).

Alexy, para fundamentar as regras do discurso, aponta quatro caminhos: o primeiro consiste em considerá-las regras técnicas (regras que prescrevem meios para conseguir determinados fins); o segundo caminho é o da fundamentação empírica; o terceiro é o da fundamentação definidora (analisa as regras que definem um jogo de linguagem); o último consiste em mostrar que a validade de determinadas regras é condição de possibilidade da comunicação linguística.

As regras fundamentais representam o primeiro grupo do discurso prático racional, cuja validade é condição para qualquer comunicação linguística em que se trate da verdade ou da correção. O segundo grupo é representado pelas regras de razão, que definem as condições mais importantes da racionalidade do discurso (a formulação e as regras idealizadas por Alexy constam enumeradas na obra de Atienza (2006, p. 166). As regras sobre a carga da argumentação constituem o terceiro grupo, que são regras de caráter essencialmente técnico — as quatro regras são citadas por Atienza (2006, p. 167). O quarto e último grupo é constituído pelas formas de argumentos específicas do discurso prático.

Como as regras referidas nos grupos indicados acima deixam aberto um amplíssimo campo de indeterminação, Atienza acrescenta ainda um quinto grupo, denominando *regras de fundamentação*. Alexy formula três variantes do princípio da universalidade que se ligam às concepções de Hare e de Baier.

No que concerne ao sexto grupo, e último, Atienza o denomina de regras de transição. O autor parte do fato de que, no discurso prático, surgem problemas que nos obrigam a recorrer a outros tipos de discurso. As regras do discurso não garantem, segundo Atienza, que se possa alcançar um acordo para cada questão prática. Alexy distingue a argumentação jurídica em sentido estrito (dogmática jurídica) da argumentação jurídica em sentido amplo (argumentação legislativa, do juiz, das partes no processo, da opinião pública, etc.). Atienza esclarece que, na obra, a expressão *discurso jurídico* será utilizada em um sentido amplo e um tanto indefinido.

O discurso jurídico é, na ótica de Alexy, um caso especial do discurso prático geral. O procedimento do discurso jurídico se define pelas regras e formas do discurso prático geral e, por outro lado, pelas regras e formas específicas do discurso jurídico (sujeição à lei). Alexy sustenta, ainda, regras e formas de justificação interna e externa (no que concerne às formas externas, premissas, são classificadas em três tipos: regras de direito positivo, enunciados empíricos e reformulação de normas). Nesse compasso, a argumentação prática geral constitui o próprio fundamento da argumentação jurídica. A argumentação empírica tem relevância tanto na argumentação jurídica como na geral.

Assim como ocorre com o discurso prático geral, o discurso jurídico delimita também o discurso possível – diante de um mesmo caso, as regras do discurso jurídico permitem que seus vários participantes cheguem a soluções incompatíveis entre si, mas racionais. A pretensão de correção, que se propõe no discurso jurídico, é uma pretensão não só limitada (lei, dogmática) como também relativa aos participantes do discurso (o resultado depende deles). Alexy entende que uma teoria da argumentação jurídica só revela todo seu valor prático no contexto de uma teoria geral do Estado e do Direito. Esta última teoria deveria ser capaz de unir dois modelos diferentes: o sistema jurídico como sistema de procedimentos (ativo) e o sistema jurídico como sistema de normas (passivo).

Ao nos aproximarmos da teoria da proporcionalidade, assinala-se que Alexy aceita um conceito de princípio que está muito próximo ao de Dworkin. A diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, e sim de tipo qualitativo ou conceitual. Alexy propõe um modelo de direito em três níveis (regras, princípios e procedimentos), que, se não permite alcançar sempre uma única resposta correta para cada caso, leva a um maior grau de racionalidade prática, além de

ser também o modelo de racionalidade incorporado no direito moderno e, em particular, no direito de um estado democrático e constitucional.

Segundo Atienza, e utilizando a sistematização do próprio Alexy, duas críticas são dirigidas à teoria da argumentação deste, a saber: a primeira tem como alvo a teoria do discurso; e a segunda, a tese de que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso prático geral.

Atienza põe em dúvida a aplicabilidade ou utilidade da teoria do discurso em geral. No entanto, como amplamente discutido por ele mesmo, o que lhe interessa é a discussão do discurso jurídico.

No que se refere à teoria do discurso jurídico, Atienza alerta que a tese central da teoria de Alexy consiste em afirmar que a argumentação jurídica (discurso jurídico) é um caso especial do discurso prático geral. Do ponto de vista conceitual, Atienza (2006, p. 197-200) critica a tese por, pelo menos, cinco pontos de vista. O primeiro diz respeito à existência de uma pretensão de correção, que é mais fácil de se aceitar em certos âmbitos da argumentação jurídica do que em outros (por exemplo, as partes em um processo). O segundo é pensar que a argumentação, levada a efeito por um juiz, esteja livre dos limites que afetam as partes em um processo. A tese do caso especial, analisado por Atienza, só vale se se pressupõe a justiça do direito positivo. Em terceiro lugar, Atienza salienta que a estratégia utilizada por Alexy na defesa de sua tese é discutível (o processo, levado a efeito para chegar à decisão jurídica, pode ser descrito em termos de discurso prático racional). Em quarto lugar, Alexy não distingue dois tipos de discurso relacionados às normas: o discurso voltado para a justificação de uma norma e o discurso voltado para sua aplicação. Finalmente, em quinto lugar, Atienza critica o modelo de racionalidade discursiva utilizado por Alexy, que não pode ser aceito como um modelo geral.

Retornaremos a Alexy no tópico referente ao princípio da proporcionalidade.

3 A QUESTÃO DA PROPORCIONALIDADE

O leitor, neste momento, deve estar questionando qual a importância e relação das teorias da argumentação jurídica com as provas ilícitas e a invocação do princípio da proporcionalidade.

Ao analisarmos as teorias que admitem, mesmo que excepcionalissimamente, o uso de provas obtidas ilicitamente, observamos que estas passam ao largo da teoria dos direitos fundamentais e, por via de consequência, dos princípios consignados na Carta Magna.

Como sabido, e anteriormente analisado, a norma constitucional que veda a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é uma norma de direito fundamental, inserido no art. 5º da Constituição Federal. As inúmeras teorias da argumentação jurídica refletem a necessidade de identificarmos se a norma que regula a proibição (provas ilícitas) constitui princípio ou regra e de que forma essa concepção pode influenciar na construção jurisprudencial.

Consigne-se que a teoria dos direitos fundamentais de Alexy (visto precedentemente) é uma teoria jurídica geral. Alexy tem como ponto de partida as normas atributivas de direitos fundamentais previstas na Constituição (no caso, a alemã). Tem-se, dessa forma, uma teoria dogmática com tríplice dimensão: analítica, empírica e normativa. Alexy (2002, p. 27-35) tenta definir qual a decisão correta para cada caso, mediante a análise do problema da fundamentabilidade racional dos juízos de valor.

Em linhas gerais, a preocupação central da obra de Alexy visa buscar um procedimento para a solução dos problemas de colisão de princípios, introduzindo elementos reguladores do processo argumentativo dos direitos fundamentais; daí a importância dos precursores das teorias da argumentação jurídica acima analisados. É possível afirmar, portanto, que:

Enquanto as regras já contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas, os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Enquanto as regras já devem estabelecer as relações de precedência no caso concreto, os princípios não têm conteúdo determinado com respeito a princípios contrapostos e às possibilidades fáticas. (ÁVILA, 2006, 13).

Segundo Alexy (2002, p. 272) “as restrições de direitos fundamentais são normas que restringem posições jusfundamentais *prima facie*”. Quando abordamos as diversas teorias da argumentação jurídica, discorreremos sobre as restrições, que são normas e necessariamente constitucionais, com duas perspectivas: a externa e a interna.

Nesse compasso, exsurge com vital importância a análise do princípio da proporcionalidade como procedimento de mediação de eventuais colisões de princípios e, deste, com os denominados direitos fundamentais.

Alexy (1998, p. 10) afirma que “princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo; o outro, ao aspecto metodológico”.

O princípio da razoabilidade “tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão” (PESSOAS, 2004). A matriz do princípio encontra-se na regra *law of the land* (Magna Carta, de 1215), passando pelo desenvolvimento do devido processo legal americano, com a positivação na 5ª e 14ª Emendas à Constituição norte-americana.

Tem-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade propõe o “balanceamento” de interesses em conflitos, objetivando encontrar qual o valor (utilidade) é mais importante para o caso concreto e como deve ser aplicado.

É exatamente essa a proposta da política do direito ou política jurídica. Miguel Reale (1940), em sua obra *Teoria Geral do Estado e do Direito*, especialmente no capítulo *Teoria do Direito e do Estado*, trata da “discriminação do saber político” (neste tópico a política jurídica aparece interligada com à deontologia política pela preocupação comum com o valor⁷) e também da “discriminação do saber jurídico”, ocasião em que comparece a “Política Jurídica interligada à Deontologia Jurídica e à Teoria Geral do Direito com caráter independente e em posição culminante em relação à Sociologia Jurídica, à História do Direito, à Etnologia Jurídica e à Psicologia Jurídica” (MELO, 1991, p. 18).

Nas palavras de Osvaldo Melo:

Operar a criação, derrogação ou extinção da norma, em obediência aos balizamentos dos valores justiça e utilidade social, é tarefa de extrema dificuldade, mas que se impõe para que se possa alcançar “o nexos consequente entre teoria e praxis” (GRAMSCI), ou seja, entre “conhecimento e interesse” (HABERMAN). Essa a significativa tarefa da política jurídica, não mais compreendida como mera “técnica de legislação” (BENTHAN), ou

⁷ Osvaldo Melo trabalhava com o valor utilidade, assentando que “o domínio normativo da ética nem sempre coincide com o domínio normativo do Direito. Este é mais complexo, inclui normas pragmáticas e de organização que, em princípio, seriam neutras do ponto de vista axiológico. Mas seja qual for a finalidade do preceito jurídico, sua validade material estará vinculada à realização do interesse geral e portanto do bem comum, sentido que lhe empresta o valor utilidade” (NEJ - Vol. 11 - n. 1 - p. 35-39 / jan-jun 2006).

simplesmente “sociologia jurídica aplicada” (ROSS), menos ainda “conjunto de regras que vinculam o poder ao direito natural” (PASCHUAL MARTINS PEREZ), mas como estudo e proposição do “direito que deve ser e de como deva ser” (KELSEN) e, sobretudo, “realização empírica das condições transcendentais da validade jurídica (REALE). (MELO, 1991, p. 8).

Ao tratar sobre o papel da política jurídica, Osvaldo Melo resgata o abalizado pensamento de Alf Ross (em sua obra sobre o Direito e a Justiça), resumindo a posição empirista sobre o âmbito e alcance da política jurídica, nos termos em que sua tarefa consiste:

Lograr un ajuste suave del derecho a las condiciones técnicas e ideológicas modificadas, sirviendo la conciencia jurídica de estrella polar.
El papel del jurista como político-jurídico es desempeñarse, en la medida posible como un técnico racional.
En esta papel el no es conservador ni progressista. Como otros técnicos, el jurista se limita a poner su conocimiento y habilidad a disposición de otros, em este caso, de aquellos que tienen las riendas del poder político. (ROSS, 1970, p. 364).

O princípio da proporcionalidade, portanto, não pode ser simplesmente afastado ou, melhor afirmando, ignorado, haja vista as peculiaridades de cada processo penal. Alexy afirmava que a questão da proporcionalidade como método de resolução das colisões possui três subprincípios: adequação (aptidão ou pertinência, exigindo conexão lógica entre meio e fim); necessidade (segundo Bruno Marini⁸, a necessidade requer o menor sacrifício possível de um direito fundamental para se atingir uma finalidade); e proporcionalidade (diretamente relacionado aos conflitos de direitos fundamentais).

Na esteira do que entendemos, a prova ilícita pode, sem dúvida, ser utilizada de forma excepcional, quando o interesse da sociedade assim clamar. Tomemos, apenas a título de exemplo, o seguinte caso: uma criança é sequestrada. Seus algozes exigem pagamento em espécie para soltá-la. Passada uma semana do ato bárbaro, o sequestrador ameaça ceifar a vida da infante, caso não haja o devido pagamento. Através de uma prova considerada ilícita (ao arrepio da norma), a polícia consegue descobrir o paradeiro dos sequestradores, logrando êxito em liberar a criança, com a prisão de todos os envolvidos em flagrante. Observa-se, por oportuno, que a polícia ingressou na residência sem ordem judicial, baseada em uma prova de origem

⁸ (MARINI, 2007).

ilícita. Em nome do direito dos réus de não serem processados e condenados com base em prova ilícita, devemos colocá-los em liberdade com posterior absolvição?

O exemplo pode parecer, em uma primeira impressão, simplista e retórico, mas infelizmente não está distante dos inúmeros casos que nos são colocados para julgamento em colegiado.

Parte da doutrina tem entendido que as provas ilícitas podem ser utilizadas quando for para beneficiar o réu. Fernando Tourinho Filho (2009, p. 27), ao comentar a Súmula 50 das Mesas de Processo Penal da USP, salienta que “podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”; assevera que, se a prova obtida por meio ilícito é favorável ao réu, “seria um não-senso sua inadmissibilidade”, uma vez que deve pesar o bem maior, no caso, a liberdade, pelo menos como decorrência do princípio do *favor libertatis*.

Magalhães Gomes Filho (1997), ao confrontar a questão da proibição da prova como forma de proteção a um direito fundamental e do direito que possui o réu de provar a sua inocência, estendeu que deve esta prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana (núcleo axiológico da Constituição Federal) 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).

Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 330) não destoa do entendimento ao afirmar que a prova que aponte para a inocência do réu deve ser sempre aproveitada, pouco importando sua origem. Invoca para tanto o Estado de Direito e a proibição de o Estado exercer jurisdição “injusta”, que afete a liberdade de quem está sendo processado.

Segundo Júlio Medeiros (2010, p. 1):

O acusado que faz uso de provas ilícitas para se defender conta a seu favor com os postulados constitucionais da liberdade, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana e com os princípios processuais penais do *favor libertatis* e da busca da verdade real (ou processual) – este último tão criticado por alguns doutrinadores.

Portanto, guardadas obviamente as significativas diferenças entre absolver um inocente e condenar um culpado com base em provas ilicitamente obtidas,

nota-se que o princípio da proporcionalidade é aceito, para justificar a sua aplicabilidade ora em favor do réu, ora em favor da sociedade.

O exemplo acima (sequestro) demonstra bem nossa preocupação com a obtenção e utilização das provas consideradas ilícitas. Não estamos afirmando, em absoluto, que referidas provas possam ser aplicadas ao livre arbítrio do magistrado; ao contrário, o juiz, como Político do Direito, deve ter como ponto de partida o direito que “deva” ser, e não apenas o direito que “é”.

Sabemos que a utilização inadequada do princípio da proporcionalidade, visando a flexibilização de eventuais distorções da total proibição, pode colocar realmente em risco o Estado de Direito e as garantias duramente conquistados pelos indivíduos e materializadas na Carta Constitucional de 1988. Por outro lado, diante de situações extremas e que comportem única e exclusivamente o interesse coletivo, em detrimento do individual, não temos dúvidas quanto à possibilidade excepcionalíssima do acolhimento de uma prova ilícita, sopesando-se sempre os valores em contradição e em debate.

Conforme acima explanado, não sem razão parte da doutrina e jurisprudência alemã justificam o sacrifício dos direitos individuais em nome de um interesse ainda maior: prevenção e repressão de crimes considerados extremamente graves (sequestro, homicídio, terrorismo, latrocínio, entre outros).

Compete ao magistrado sopesar qual interesse deve prevalecer, sem descuidar da existência explícita de garantia constitucional decorrente da inadmissibilidade da prova ilícita, em homenagem ao devido processo legal, que deve limitar poderes arbitrários e inconsequentes do Estado.

A Política Jurídica abre valioso espaço para a necessária ponderação e equilíbrio que deve existir entre interesses diametralmente opostos (sociedade x indivíduo).

Vejamos interessante decisão emanada pelo STJ:

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. (HC n. 3982/RJ, STJ, 6ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel, D.J. 26.02.96, denegada a ordem, por unanimidade).

Como visto precedentemente, a prova ilícita é prova, fato este inegável. A grande celeuma consiste em saber se a prova ilícita pode ou não ser utilizada no processo penal. Vimos que boa parte da doutrina e jurisprudência admitem, expressamente, a utilização de referidas provas quando for para beneficiar o réu.

Anote-se, inicialmente, que a relatividade dos direitos e garantias fundamentais tem sido objeto de largo estudo, como muito bem assinalado por Alexandre de Moraes:

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. (MORAES, 2002, p. 169).

Júlio Medeiros (2010, p. 1), ao discorrer sobre o mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal, lembrou que no mesmo sentido o STF havia se pronunciado ao declarar que um direito individual "não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas"⁹. Na mesma esteira, o STJ observa 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, sequestram, destroem lares e trazem 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. (Cf. 6ª T., RHC nº 2.777-0/RJ, Rel. Min. PEDRO ACIOLI, Ementário STJ, nº 8/721).

Medeiros assenta que:

Primo icto oculi, pelo sistema constitucional vigente não há como se falar em garantia absoluta, extremada e isenta de restrição decorrente do respeito que deve ter outras garantias de igual ou superior relevância. Nesse prisma, aliás, Ada Pellegrini Grinover confirma que os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição

⁹ RT, 709/418.

resultante do "princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais". (MEDEIROS, 2010, p. 1).

A teoria da argumentação jurídica e os princípios basilares da Política Jurídica, precedentemente analisados, mostra-nos o caminho que deverá ser percorrido para a interpretação da Constituição.

Ora, a interpretação da Lei Fundamental, analisada por Peter Häberle, apresenta a indagação sobre as tarefas e os objetivos da interpretação constitucional, além de seus métodos (processo da interpretação constitucional e regras de interpretação), “de modo que, sobre acolher aquela interpretação que se faz em âmbito mais restrito, principalmente na esfera jurídica dos tribunais, venha a abranger por igual aqueles que ativa ou passivamente participam da vida política da comunidade” (HÄBERLE, 2007).

Quando se fala em ponderação de valores constitucionais em conflito, cabe a aplicação do princípio da proporcionalidade, “uma vez que, como já examinado, a ordem jurídica não admite que uma garantia constitucional seja invocada para acobertar uma prática criminosa” (MEDEIROS, 2010).

Nesse diapasão, cresce em importância no direito brasileiro o princípio da proporcionalidade. Segundo Humberto Ávila:

Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). (ÁVILA, 2005, p. 112).

A indagação feita no início do presente tópico, e que necessita de resposta, consiste na possibilidade da admissão das chamadas provas ilícitas em favor da acusação.

Paulo Bonavides, ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, lembra que:

O princípio da proporcionalidade, enquanto princípio constitucional, somente se compreende em seu conteúdo e alcance se considerarmos o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma, em declínio, ou de todo ultrapassada, que se vincula doutrinariamente ao princípio da legalidade,

com apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, atada ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica. Foi esse segundo Estado de Direito que fez nascer, após a conflagração de 1939-1945, o princípio constitucional da proporcionalidade, dele derivado. Transverteu em princípio geral de direito, agora em emergência na crista de uma revolução constitucional, relativa ao incremento expansão sem precedentes do controle de constitucionalidade. (BONAVIDES, 2004, p. 398).

Referido autor não nega “sua positivação na Constituição Federal, haja vista que as discussões doutrinárias estão circunscritas a sua localização no texto magno e não sobre normatividade” (BONAVIDES, 2004, p. 399).

Partindo-se dos pressupostos enumerados pela Política Jurídica e da chamada “tríplice dimensão do princípio da proporcionalidade”, tem-se que na hipótese de colisão entre bens jurídicos invoca-se o princípio da proporcionalidade em seu tríplice aspecto: exame da adequação, exame da necessidade e, por fim, exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Humberto Ávila esclarece que:

O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito). (ÁVILA, 2005, p. 113).

Surge, então, a ponderação como “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais” (BARCELLOS, 2005, p. 23). A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas.

Luiz Roberto Barroso, por seu turno, baliza o tema da seguinte forma:

Imagine-se uma hipótese em que mais de uma norma possa incidir sobre o mesmo conjunto de fatos, várias premissas maiores, portanto para apenas uma premissa menor, como no caso clássico da oposição entre liberdade de imprensa e de expressão, de um lado, e os direitos à honra, à intimidade e vida privada, de outro. Como se constata singelamente, as normas envolvidas tutelam valores distintos e apontam soluções diversas e contraditórias para a questão. Na sua lógica unidirecional (premissa maior - premissa menor), a

solução subsuntiva para esse problema somente poderia trabalhar com uma das normas, o que importaria na escolha de uma única premissa maior, descartando-se as demais. Tal fórmula, todavia, não seria constitucionalmente adequada: por força do princípio instrumental da unidade da Constituição, o intérprete não pode simplesmente optar por uma norma e desprezar outra em tese também aplicável, como se houvesse hierarquia entre elas.

A clareza é muito importante para que se possa conhecer a sutil diferença entre os objetos da ponderação que são dignos de sopesamento. E de alguma forma, cada um desses elementos deverá ser considerado na medida de sua importância e pertinência para o caso concreto, de modo que na solução final, tal qual em um quadro bem pintado, as diferentes cores possam ser percebidas, ainda que uma ou algumas delas venham a se destacar sobre as demais. Esse é, de maneira geral, o objeto daquilo que se convencionou denominar Técnica da ponderação. (BARROSO, 2004, p. 357).

Sempre alerta ao postulado de Alexy (no sentido de que quanto mais intensa se revela a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção), afirmamos que somente em casos extremos e de grande gravidade poder-se-á cogitar a utilização de provas ilícitas, quando em jogo e em posição contrária um princípio ao qual se atribui igual ou mais valor.

Segundo defende Fábio Soares (2009), a prova ilícita deve ser admitida, porque o fim maior da ação penal é a verdade; e a prova ilícita não tem a finalidade de afastar o julgador desse descobrimento. Dessa forma, excepcionalmente, podem ser retiradas do processo as provas que violam norma instrumental, quer dizer, as ilegítimas, uma vez que são as únicas que dispõem de uma sanção de natureza processual.

Aranha justifica seu posicionamento com o seguinte argumento:

A conversa telefônica interceptada fica mantida com a prova, processando-se o ofensor pela violação da lei adequada; a fotografia obtida mediante violação da intimidade vale como prova, punindo-se o violador; a gravação obtida sub-repticiamente permanece, embora se reconheça a má-fé do exibidor. (ARANHA, 2006, p. 63).

Buscamos o equilíbrio entre a corrente preconizada por Aranha (admissibilidade), as correntes que não admitem provas ilícitas — ex.: Fábio Aguiar Munhoz Soares (2009, p. 55-56) e Valter Kenji Ishida (2010, p. 117), entre outros anteriormente nominados — e, por fim, a corrente que busca o equilíbrio (à qual me filio).

A teoria da proporcionalidade surgiu como alternativa para a admissão das provas ilícitas no processo penal, e sua finalidade consiste em evitar o choque de

posições (admissibilidade x inadmissibilidade), já que nenhuma garantia constitucional tem valor absoluto ou supremo de modo a tornar inválida outra de equivalente grau de importância.

Na confrontação de pesos e contrapesos (abordada anteriormente quando discorremos sobre o direito alemão), atenuou-se sensivelmente a tese preconizada por aqueles que entendem inadmissíveis as provas ilícitas. Nesse compasso, a resolução de cada caso deve ser cuidadosamente analisada, para que se possa prudentemente aceitar a prova ilicitamente colhida.

As normas constitucionais, portanto, devem estar articuladas em um sistema de forma harmônica, evitando-se a ocorrência dos denominados conflitos insolúveis de valores consubstanciados na Constituição Federal. A prova ilícita, nesse norte e sempre excepcionalmente, tem sido admitida para casos graves, como adiante veremos, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.

Colhe-se do escólio de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

O que releva dizer é que, embora reconhecendo que o subjetivismo ínsito no princípio da proporcionalidade pode acarretar sérios riscos, alguns autores têm admitido que sua utilização poderia transformar-se no instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflitantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente colhida. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2001, p. 136).

Diante de casos extremamente graves, que afetem a sociedade e ponham em risco a incolumidade pública e a sua segurança, é mister que sejam sopesados o interesse (privado) do réu e o interesse público – necessidade da adequação e proporcionalidade.

Com muita propriedade, asseverou Fabiana Rodrigues Aquere, em artigo intitulado O Princípio da Proporcionalidade e a Prova Ilícita no Direito Penal Brasileiro:

A questão da prova proibida deve ser analisada sempre caso a caso, pois só assim é possível verificar a quem ocasionará maior custo por conta da utilização da prova ilícita, se ao investigado ou ao Estado. Nesse sentido, há situações em que evidente a superioridade do Estado, quando, por exemplo, o crime não gera uma relevância social significativa, como um pequeno furto;

cenário oposto é o que envolve a criminalidade organizada, em que os grupos organizados detêm a superioridade da relação. Neste último caso, visto que o prejuízo a ser experimentado pela sociedade seria imenso, permite-se o uso da prova colhida ilicitamente. (AQUERE, 2010).

Nesse diapasão, defendemos a utilização excepcional da prova ilícita em favor da sociedade por diversos motivos, sendo oportuno citar: a) o assustador crescimento do crime organizado (nacional e transnacional); b) a inexplicável utilização da prova ilícita somente em favor do réu (ocasionando claro desequilíbrio entre as partes); c) o uso em hipóteses de excepcional gravidade, conforme acima alinhavado; e d) a necessidade de se compensar a desvantagem que o próprio Estado e a sociedade têm em relação a grupos organizados que dilapidam os cofres públicos e causam prejuízos irremediáveis ao bom funcionamento da máquina estatal.

Sabe-se que grupos criminosos trabalham à margem da lei, infiltrando-se em órgãos do Estado, como foi o caso da Petrobrás (entre tantos outros). Uma vez fixados seus tentáculos, passam a dilapidar, silenciosamente e durante décadas, os cofres das instituições que deveriam proteger e zelar, ocasionando irreparável prejuízo a toda a coletividade, já que os desvios, muitas vezes na cifra de bilhões, impedem o desenvolvimento e a manutenção de serviços básicos, como a saúde, o ensino e a necessária proteção ao meio ambiente.

O interesse aqui protegido é o da sociedade, externado por institutos como a delação espontânea, que, como instrumento de prova, possibilita não apenas a indicação da autoria dos fatos criminosos, mas igualmente (e não menos importante) a recuperação de valores extraviados ou o confisco de bens auferidos pela prática delituosa (para que sejam convertidos em prol da própria sociedade).

Na esteira do preconizado pela Política Jurídica, é possível ponderar o interesse dos direitos fundamentais do indivíduo como parte no processo penal e os interesses de ordem pública, e aqui defendemos a repressão à criminalidade organizada (seja nacional ou transnacional) e a defesa da segurança.

O tema é controvertido, razão pela qual há necessidade de amplo debate. O STF, ao julgar o HC 70.814-5, entendeu que o sigilo de correspondência poderia ser relativizado, preponderando a segurança tanto do presídio como do magistrado responsável pela execução penal. Vejamos:

HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO -

UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS -
PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO.

- A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei.

- A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal.

- A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

- O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus¹⁰.

Segundo Alexy (2001, p. 160), é possível enunciar uma lei de ponderação com a seguinte fórmula: “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”.

No mesmo sentido, Häberle (2007, p. 97) sustenta que “o princípio de proporcionalidade significa que, para uma limitação especialmente intensa da liberdade, deve existir uma necessidade ‘urgente’”, argumentando que a ponderação de bens é “equilíbrio e ordenação conjunta”, que garantem uma “unificação em uma situação global”.

Como visto, a doutrina vem paulatinamente sedimentando o princípio da proporcionalidade. A jurisprudência do STF revela igualmente a aceitação do referido princípio, como critério de aferição da constitucionalidade de atos legislativos e administrativos, consignando sua plena vigência no direito constitucional.

Paulo Bonavides, ao discorrer sobre o princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais, consignou que:

A adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual, com a aplicação desse princípio, saiu admiravelmente fortalecido. Converteu-se em princípio

¹⁰ Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748560/habeas-corpus-hc-70814-sp>. Acesso em: 25 jul. 2017.

constitucional por obra da doutrina e da jurisprudência, sobretudo na Alemanha e na Suíça.

Contribui o princípio notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional.

Debaixo de certos aspectos, a regra de proporcionalidade produz uma controvertida ascendência do juiz-executor da justiça material - sobre o legislador, sem chegar, todavia, a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes. (BONAVIDES, 2003, p. 399).

Ao finalizar, ponderou o mestre:

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 desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As Cortes constitucionais europeias, já fizeram uso frequente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos. (BONAVIDES, 2002, p. 275-276).

Portanto, em situações concretas em que bens jurídicos igualmente habilitados a uma proteção do ordenamento jurídico se acham em antinomia, tem-se revelado a importância do uso do princípio da proporcionalidade.

A jurisprudência alemã, nesse viés, ao conectar o princípio da proporcionalidade (como via interpretativa) com a “interpretação conforme a Constituição”, busca a solução hermenêutica de conflitos.

Ao indagarmos qual é a interpretação, conforme a Constituição criada, adotada pelos juízes alemães, obtém-se a resposta no próprio Tribunal Constitucional da República Federativa alemã:

Se a norma contrariar um princípio, seja qual for a interpretação possível, considerar-se-á inconstitucional. Mas se a norma admitir várias interpretações, que em parte conduzem a uma conclusão de inconstitucionalidade, e por outra parte se compatibilizam com a Constituição, é a norma constitucional, e como tal se aplicará de acordo com a Constituição. (BONAVIDES, 1991, p. 290).

Conforme amplamente discutido, justificando-se a acurada análise da argumentação jurídica, eventuais lacunas de racionalidade no processo de concretização do princípio da proporcionalidade devem ser preenchidas, segundo Alexy, pela própria argumentação jurídica do discurso.

A admissibilidade das provas ilícitas deve passar, necessariamente, pelo crivo da proporcionalidade, devendo ser admitidas as provas quando houver sido

comprovada a necessidade de preservar o interesse público, aplicáveis em situações extremas e que causem grande impacto ao sistema normativo.

Por fim, e por amor ao salutar debate, não vemos a admissibilidade das provas ilícitas em favor da acusação (sociedade) como visão privatística dos direitos e da prova. Nenhuma dúvida persiste sobre o fato de os criminosos serem sujeitos de direito, mas pondera-se que o processo penal, com a necessidade de buscar-se a verdade real, acaba se transformando em um valor muito mais preciso do que a própria liberdade do acusado (muitos exemplos acima elucidam nossa posição).

Como muito bem assinalado por Júlio Medeiros (2010), “conquanto o direito não deva ser realizado a qualquer preço, a prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida (sempre em situações de extrema necessidade), a despeito de ilícita, desde que seja produzida pelo particular (jamais pelo próprio Estado)”.

O *princípio da verdade real* revela que no processo penal deve haver uma busca da verdadeira realidade dos fatos, diferentemente do que possa ocorrer em outros ramos do Direito, não podendo o julgador se satisfazer apenas com a realidade formal dos fatos, mas sim buscar que eventual absolvição, ou mesmo a condenação, venha a ser concretizada com o máximo de eficácia possível.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo, procuramos responder algumas indagações. É possível, por meio do princípio da proporcionalidade, suprimir princípios constitucionalmente expressos? Esse princípio é absoluto? Pode ser utilizado em favor da sociedade ou apenas para o réu? Entendemos, e justificamos, tal qual Luiz Avolio (2003, p. 63.), que a “ponderação entre o interesse privado do réu – em geral, seu direito fundamental à intimidade – e o interesse público seria possível por meio da verificação da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito”.

Como bem observa Nelson Nery Junior (1999, p. 79):

Não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A propositura da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de princípio da proporcionalidade, devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais.

Tem-se, portanto, que não existe propriamente um conflito entre as garantias fundamentais. 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.

Segundo os fundamentos preconizados pela Política do Direito, não se trata de realizar um cotejo valorativo abstrato dos bens em confronto, 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.

Consigne-se que, embora a vedação constitucional às provas ilícitas vise à proteção de direitos fundamentais do cidadão contra arbítrios do Estado, haverá situações em que tal proibição, adotada de forma absoluta, poderá ensejar hipóteses conflitantes, protegendo-se um direito fundamental de alguém que ameaça solapar os fundamentos basilares da própria sociedade.

As mudanças sociais, políticas e jurídicas operadas no Brasil ao longo de mais de quarenta anos de existência do Código de Processo Penal Brasileiro justificam por si só a reflexão que ora pretendemos: o processo que tende à realização da justiça material não é de partes, mas de intervenientes. Com efeito, um dos grandes questionamentos da doutrina processual atual é precisar os limites do agir de ofício do juiz, diante da necessidade de observância do contraditório em sua faceta substancial.

Quando o juiz assume efetivamente as funções de político jurídico, observando com primazia os princípios constitucionais que iluminam a regra, deixa de ser mero espectador para incorporar papel relevante no seio da sociedade, passando a fazer parte do centro de formação normativa. Tal nos remete ao objeto da Política Jurídica – o direito que deve ser e como deve ser.

Nessa linha de pensamento, entendemos que deve o juiz ser o grande artífice das mudanças exigidas pela sociedade brasileira, assumindo definitivamente seu papel no meio jurídico. O ato que emana do juiz há de ser revestido de um duplo aspecto: moralidade e juridicidade. O primeiro dá virtude aos atos da justiça; o segundo concretiza a idealização do justo.

O exercício da função jurisdicional não pode ser apenas a submissão do juiz à lei, senão, e principalmente, a análise crítica de seu significado como meio de controlar sua legitimidade constitucional (FERRAJOLI, 2000). O juiz político jurídico

deve buscar na Constituição a validade e justiça das leis aplicando-as de forma a solucionar os conflitos sociais, explicitando em sua decisão os “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de suas controvérsia” (BRASIL, 1988)¹¹.

Apesar da dificuldade de alguns operadores em assimilar o papel de “juiz político jurídico”, haja vista o viés dogmático assumido pelos cursos de direito até a década de oitenta, não devemos desanimar. Àqueles que julgam a tarefa excessiva, relembro a lição de Machado de Assis (1994), em um dos magistrais contos que nos deixou: “[...] não acredites nas pessoas que vão ao Corcovado, e dizem que ali a impressão da altura é tal que o homem fica sendo coisa nenhuma. Não creias tu nisso, leitor amado. Nem Corcovados, nem Himalaias, valem muita coisa ao pé da tua cabeça, que os mede”.

**CONSIDERATIONS ON ILLICIT PROOF IN THE BRAZILIAN CRIMINAL
PROCESS - AN ANALYSIS UNDER THE APPROACH TO CONSTITUTIONAL
GOVERNANCE, FUNDAMENTAL RIGHTS AND STRATEGIES OF THE
LEGAL POLICY ACCORDING TO THE THOUGHT OF OSVALDO
FERREIRA DE MELO**

Júlio César Machado Ferreira de Melo

ABSTRACT

This work seeks to analyze an issue related to the illicit evidence in the Brazilian criminal process under the approach of constitutional hermeneutics, fundamental rights and legal policy strategies. Therefore, along the work, in addition to analyzing the unlawfulness of evidence in the criminal process, we sought to draw parallels with fundamental rights and strategies of legal policy.

Keywords: Constitution. Proof. Fundamental rights. Legal policy.

REFERÊNCIAS

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

_____. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: 1998.

¹¹ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União nº 191-A, de 5 de outubro de 1998.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSIS, Machado de. **Obra completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1994. v. II.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. Brasil: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

ÁVILA, Thiago Andre Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Dissertação submetida à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”. Orientadora: Professora Doutora Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/3103/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%2020THIAGO%20ANDR%C3%89%20PIEROBOM%20DE%20%C3%81VILA-%20Provas%20II%C3%ADcitas.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

AVOLIO, Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. São Paulo: ERT, 2003.

AQUERE, Fabiana Rodrigues. **O princípio da proporcionalidade e a prova ilícita no direito penal brasileiro**. Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador Prof. Flávio Cruz Prates, Prof. Álvaro Vinícius Paranhos Severo e Prof. Ângelo Maraninchi Giannakos, em 9 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/fabiana_aquere.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros: 1991.

_____. _____. 12. ed. São Paulo: Malheiros: 2002.

_____. _____. 13. ed. São Paulo: Malheiros: 2003.

_____. _____. 14. ed. São Paulo: Malheiros: 2004.

BONAVIDES, Paulo. **O Princípio Constitucional da Proporcionalidade e a Proteção dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.

_____. Presidência da República. **Código de processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 6 abr. 2017.

CAMILO, Roberta Rodrigues. **Instrução Probatória. Limites ao Direito à Prova. Provas ilícitas. As balizas legais e Constitucionais. Processo Penal e Garantias Constitucionais**. Marco Antônio Marques da Silva (Coord.). São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

CORRÊA, Sílvia Leme. **A prova processual, penal ilícita e a teoria da proporcionalidade**. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009453.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trad: Perfetco Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés. 4. ed. Madri: Editorial Trotta, 2000.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A inadmissibilidade das provas ilícitas no direito brasileiro**. Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, 2011. p. 7. Disponível em: <http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_30_2014_parte_2.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2017.

_____. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Provas ilícitas. In: _____. **Processo em sua unidade – II**. Rio de Janeiro, Forense, 1984.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Tradução de Héctor Fix-Fierro. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

ISHIDA, Válter Kenji. **Processo penal**: de acordo com a reforma processual penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINI, Bruno, O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1376, 8 abr. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9708/o-principio-da-proporcionalidade-como-instrumento-de-protecao-do-cidadao-e-da-sociedade-frente-ao-autoritarismo>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

MEDEIROS, Júlio. O mito da proibição de provas ilícitas "pro societate" no processo penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2418, 13 fev. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14356/o-mito-da-proibicao-de-provas-ilicitas-pro-societate-no-processo-penal/1>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

MELO, Júlio César Ferreira de. **A prova no processo penal frente a estratégias da política jurídica segundo Osvaldo Melo**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. 116 p.

MELO, Osvaldo Ferreira de . **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

_____. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris/CPGDUFSC, 1994.

_____. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

_____. A contribuição de Miguel Reale para a Política-Jurídica. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 12, n. 22 , 1991, UFSC.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Proibição das provas ilícitas na constituição de 1998**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

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

PESSOAS, Leonardo Ribeiro. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na jurisprudência tributária norte-americana e brasileira**. Jus.com.br: 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5989/os-principios-da-proporcionalidade-e-da-razoabilidade-na-jurisprudencia-tributaria-norte-americana-e-brasileira>. Acesso em: 5 out. 2017.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas**. 2. ed. rev. e atual. Niterói: Ímpetus, 2009.

REALE, Miguel. **Teoria geral do estado e do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins, 1940.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires: Editoria Universitária de Buenos Aires, 1970.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova ilícita no processo**: de acordo com a nova reforma do código de processo penal. Curitiba: Juruá, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 27

VALLE FILHO, Oswaldo Trigueiro do. **A ilicitude da prova**: teoria do testemunho de ouvir dizer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.