

PATRÍCIA VIANA BUENO

**A admissão de provas ilícitas à luz da teoria dos direitos fundamentais e do direito
comparado**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

PATRÍCIA VIANA BUENO

**A admissão de provas ilícitas à luz da teoria dos direitos fundamentais e do direito
comparado**

Dissertação de Mestrado apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2020

Aprovada em: ___/___/___

Nota: _____

BANCA EXAMINADORA:

Professor Orientador: Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho

Professor (a):

Professor (a):

Àquela que tornou tudo possível, minha mãe.

Àquelas que me fizeram mãe, Júlia e Luísa.

Àquele com quem tenho a sorte de dividir a vida, Aislan.

Ao meu orientador que, com espírito livre, abriu as portas dessa casa para mim, realizando o sonho de uma acadêmica da UFMS egressa da rede pública de ensino paulista.

Agradecimentos

Agradeço mui sinceramente a todos os Professores que contribuíram para minha formação até aqui.

Agradeço, neste momento, especialmente ao Professor Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró pelas considerações, recomendações de leitura e pronto auxílio no acesso às obras sempre que precisei, é admirável o seu amor pelo magistério.

Agradeço, também, ao Professor Luís Virgílio Afonso da Silva, referência nacional sobre a obra de Alexy, por ter, gentilmente, lido, comentado e validado as conclusões do primeiro capítulo desse trabalho, o que me deu segurança bastante para defendê-las. Aguardo, ansiosa, a publicação de seu artigo sobre o tema.

Agradeço ao Ministério Público Federal pelo apoio no trajeto.

“Reafirme-se a crença no Direito; reafirme-se o entendimento de que, sendo uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele, advindo a almejada segurança jurídica da observância do ordenamento normativo. O combate ao crime não pode ocorrer com atropelo da ordem jurídica nacional, sob pena de vir a grassar regime totalitário, com prejuízo para toda a sociedade (STF – 2ª Turma = HC 74639-0/RJ – Rel. Min. Marco Aurélio, DJe, 31/10/1996).

RESUMO

BUENO, Patrícia Viana. A admissão de provas ilícitas à luz da teoria dos direitos fundamentais e do direito comparado. 2020. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O processo penal por condensar direitos fundamentais e o *jus puniendi* acaba por refletir as alterações ideológicas sociais inspiradas no aumento ou queda da criminalidade, ora prevalecendo valores de eficiência repressiva, ora de afirmação das garantias do acusado. A Constituição Federal ao estabelecer o corpo normativo fundamental do Estado Brasileiro exerceu, sobretudo na fixação de regras, juízo de valor sobre quais bens jurídicos deveriam preponderar em determinadas situações de conflitos de interesses, tal é o caso da regra estatuída no art. 5º, LVI, que diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”. No Brasil, a restrição do alcance da previsão constitucional tem encontrado adeptos que, mediante a utilização do princípio da proporcionalidade, de origem alemã, bem como de exceções importadas sobretudo dos Estados Unidos da América, defendem a utilização de provas ilícitas em casos de expressão mais aguda da criminalidade. Todavia, a superação de regra constitucional originária precisa ser realizada com a profundidade devida, o que leva à considerações acerca da correta interpretação do que seja o “caráter principiológico das normas de direito fundamental”, que dá sustentação teórica à aplicação do princípio da proporcionalidade no país. Nesse processo de derrogação, sugeriu-se como forma mais adequada ao nosso ordenamento jurídico, o juízo de razoabilidade complementado, capaz de conferir legitimidade às decisões discrepantes, sem afetar a higidez constitucional. Por fim, analisou-se as exceções à ilicitude derivada e originária no direito comparado a fim de estabelecer quais delas, à luz do Direito interno, poderiam, funcional e logicamente, ser admitidas no Brasil.

Palavras-chave: Provas ilícitas. Admissão. Princípio da proporcionalidade. Caráter principiológico das normas de direito fundamental. Juízo de razoabilidade complementado. Exceções à ilicitude. Direito comparado.

ABSTRACT

BUENO, Patrícia Viana. The admission of illegal evidence in view of the theory of fundamental rights and comparative law. 2020. Master's Dissertation. Faculty of Law, University of São Paulo.

The concentrating of the fundamental rights and the *jus puniendi* in the criminal procedure ends up reflecting the social ideological changes inspired by the increase or fall in criminality, sometimes prevailing values of repressive efficiency, sometimes affirming the guarantees of the defendant. The Constitution when establishing the fundamental normative body of the Brazilian State, above all in the setting of rules, exercised value judgment on which legal assets should prevail in certain situations of conflicts of interest, such is the case of the rule established in art. 5º, LVI, which says: “illegally obtained evidence is inadmissible in the process”. In Brazil, the restriction of the scope of the constitutional provision has found adherents who, using the principle of proportionality, of German origin, as well as exceptions imported mainly from the United States of America, defend the use of illicit evidence in cases of more expressive criminality. However, the overcoming of the original constitutional rule needs to be carried out with due depth, which leads to considerations about the correct interpretation of what is the “principiological character of the norms of fundamental right”, which gives theoretical support to the application of proportionality principle in country. In this process of derogation, suggested as the most adequate way to our legal system, the complemented reasonableness judgment, capable of giving legitimacy to dissenting decisions, without affecting constitutional health. Finally, the exceptions to the evidence derived and directly obtained from illegal action in the comparative law were analyzed in order to establish which ones, in the light of domestic law, could be functionally and logically, admitted in Brazil.

Keywords: Illegal evidence. Admissibility. Proportionality principle. Principiological character of the norms of fundamental right. Complemented reasonableness judgment. Exceptions to illegality. Comparative law.

Lista de Abreviações

BGH	<i>Bundersgerichtshof</i> – Tribunal Federal – equiparável ao nosso STJ
BGHSt	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen</i> – Decisões do Tribunal Federal em matéria criminal
BverfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung</i> – Decisões do Tribunal Constitucional Federal – equiparável ao nosso STF
GG	<i>Grundgesetz</i> – Lei Fundamental (Constituição da República da Alemanha)
StPO	<i>Strafprozessordnung</i> - Código de Processo Penal

Sumário

Introdução.....	11
Delimitação do objeto de trabalho.....	14
Desenvolvimento do trabalho.....	15
PRIMEIRO CAPÍTULO	17
Abordagem inicial: uma análise normativa.....	17
1.1 ART. 5º, LVI: Princípio ou Regra?	18
1.2 Caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.....	25
1.3 Antinomia entre um princípio e uma regra constitucionais.....	33
1.3.1 Relação de restrição.....	34
1.3.2 Princípio da proporcionalidade.....	38
1.3.2.1 Proporcionalidade como regra, princípio ou postulado?.....	42
1.3.2.2 A distinção dogmática entre proporcionalidade e razoabilidade	44
1.3.2.3 Exame de proporcionalidade	52
1.3.2.4 Proibição de insuficiência.....	56
1.3.3 Juízo de razoabilidade complementado	59
SEGUNDO CAPÍTULO	69
Tópicos teóricos frequentemente tangenciados.....	69
2.1 Eficiência e Garantismo.....	69
2.2 Conexão entre direitos fundamentais e procedimento.....	75
2.3. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	76
2.4 Da verdade como valor processual	81
2.5 Do direito de ação e do direito à prova.....	85
TERCEIRO CAPÍTULO	88
A regra de exclusão no direito comparado	88
3.1 Notas introdutórias	88
3.2 Estados Unidos	90
3.2.1 Origem: De Weeks v. U.S. a Mapp v. Ohio.....	90
3.2.3 Fundamento da norma e âmbito de aplicação	95
3.2.4 Cenário atual: Hudson v. Michigan, Herring v. U.S. e Kansas v. Ventris....	96
3.3 Alemanha	100
3.3.1 Origem.....	100
3.3.2 Fundamento da norma e âmbito de aplicação	104
3.4 Panorama mundial	111
3.4.1 Itália.....	111
3.4.3 França	113
3.4.4 Portugal.....	115

3.4.5 Espanha.....	116
3.4.6 Atos e Tribunais Internacionais	120
QUARTO CAPÍTULO	125
A regra de exclusão no Brasil	125
4.1 Do processo de consagração da norma.....	125
4.2. Do aprimoramento interno da regra constitucional	127
4.3 Fundamento da norma	129
4.4 Da distinção entre nulidade e ilicitude e do conceito de prova ilícita	130
4.5 Admissão pro reo.....	141
4.6 Admissão pro <i>societate</i>	141
QUINTO CAPÍTULO	149
As exceções à regra de exclusão.....	149
5.1 Descoberta inevitável (inevitable discovery)	149
5.2 Fonte independente (independent source limitation).....	150
5.3 Exceção de boa-fé (good-faith excepcion)	152
5.4 Exceção de impugnação – (impeachment exception)	155
5.5 Exceção da contaminação expurgada (purged taint exception).....	157
5.6 Exceção da expectativa de privacidade – (private searches).....	159
5.7 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (princípio da proporcionalidade)	161
5.8 Insuperabilidade absoluta	161
Considerações Finais	164
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	168

Introdução

O interesse por esta pesquisa decorreu da leitura do RE 251.445/GO, em que se considerou imprestável prova (fotografias) furtada por menores, um deles vítima, do consultório profissional do réu acusado pelo crime tipificado no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), sob o argumento de que *“o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal”*¹.

Nessa ocasião, questionei a justiça da decisão me fazendo duas perguntas: Por que o Estado teria atuado infringindo deveres éticos se foram os menores que violaram o estabelecimento profissional do réu? Num caso como esse, a decisão determinando o desentranhamento da prova considerada ilícita não causa mais prejuízos que benefícios à comunidade a que se dirige?

Todavia, atenta ao que diz Habermas sobre a defesa dogmática de opiniões que não podem ser fundamentadas, perguntei-me se seria possível tecnicamente falando, ante a natureza jurídica da norma e, para além disso, se seria recomendável no cenário brasileiro, a superação da norma constitucional para a admissão dessa prova nos autos do processo a fim de possibilitar a punição do infrator.

Com efeito, o embate travado entre a finalidade do processo de realizar justiça, especialmente frente aos desafios que a criminalidade crescente e organizada impõem ao Estado moderno, e a proteção aos direitos fundamentais, historicamente tão caros a nossa sociedade, geram inúmeras questões sensíveis que cada vez mais são objeto de estudo e discussão acadêmica no âmbito do processo penal, notadamente no campo da prova.

Até mesmo o cinema já retratou o impasse, o filme *“The Star Chamber”* (em Português, *O Esquadrão da Justiça*), de 1983, retratou um caso em que acusados de homicídio são absolvidos pelo juiz Steven R. Hadin, mesmo sem convicção alguma da inocência, pela reconhecida ilicitude da prova colhida contra eles. Ao final da sentença afirma o magistrado: *“alguém sequestrou a justiça e a ocultou na lei”*.

¹ STF, RE 251445/GO, Relator Min. Celso de Mello, DJU 03/08/2000.

Barbosa Moreira, ao escrever especificamente sobre o tema, já sinalizou a densidade dessa pesquisa, afirmando ser quase impossível um perfeito equilíbrio entre assegurar um resultado justo ao processo e inviabilizar o proveito de uma ação antijurídica².

A contraposição entre a exclusão de provas ilícitas com efetivo potencial heurístico e o apego à forma pode levar a dois extremos, o primeiro àquele em que a forma é interpretada como simples formalidade de menor importância e, o outro, que eleva a forma pura e simples ao nível de garantia do devido processo legal, em que não há problema se justiça e verdade não tiverem qualquer correspondência.

Mais recentemente a questão voltou à tona com o Projeto de Lei nº 4.850/16, fruto da iniciativa do Ministério Público Federal que sob a campanha “10 medidas contra a corrupção” colheu cerca de dois milhões de assinaturas pelo país a fim de apresentar ao Congresso Nacional uma proposição de iniciativa popular. Dentre as propostas legislativas inicialmente divulgadas estava a redefinição do conceito de provas ilícitas e a possibilidade de, salvo exceções mais graves, serem usadas quando “*os benefícios decorrentes do aproveitamento forem maiores do que o potencial efeito preventivo*”³.

O relator do PL nº 4.850/16, Deputado Onyx Lorenzoni (DEM-RS), ponderou que: “*Há, na jurisprudência, uma relativização do meio ilícito quando é para beneficiar o réu. E quando é para proteger a sociedade, vale? Esse é o ponto que a gente está tentando ver se constrói.*”⁴.

Muito embora o texto constitucional brasileiro vede preempitoriamente a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), há significativa tendência em se relativizar essa vedação por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), admitindo-se em determinadas circunstâncias e,

² “(...) o problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em não poucos casos, antiética; de outro lado, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente se impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É sumamente difícil, quiçá impossível, descobrir o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 205, jul./set. 1996).

³ Proposta de redação do art. 157, § 3º do CPP: “Ressalvados os casos de tortura, de violência física, de ameaça, ou de violação da residência e interceptação de comunicações sem mandado ou ordem judicial, bem como outros de igual gravidade, poderá o juiz ou tribunal determinar novos parâmetros para definição da prova lícita e sua valoração, com base no princípio da proporcionalidade, quando os benefícios decorrentes do aproveitamento forem maiores do que o potencial efeito preventivo, da decretação da nulidade, sobre o comportamento futuro do Estado em investigações”.

⁴ Acesso em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,de-10-medidas-anticorruptao-4-sao-alteradas,10000083021,19/10/16>.

casuisticamente, a prova ilicitamente produzida a fim de, segundo Scarance⁵, salvaguardar valor maior também garantido pela Constituição.

Fato é que grande parte da doutrina e, em menor medida da jurisprudência, que inadmite a aplicação da teoria da proporcionalidade à matéria, também afirma não descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, vide a título de exemplo o caso em que correspondências de presos foram violadas para impedir um plano de fuga e, utilizadas como prova, depois que se descobriu a intenção dos presos de sequestrar um juiz⁶.

É inegável que o desprezo absoluto de qualquer prova obtida ilicitamente ao contrário de reafirmar o Estado de Direito pode até mesmo fragilizá-lo, no exato ponto em que a sociedade visualiza a ineficiência do Poder Estatal em punir aqueles sabidamente criminosos. O sentimento de impunidade é reforçado a cada criminoso que escapa à mão da Justiça, gerando reflexos sociais múltiplos, todos infirmando a regência das leis instituídas e a proibição da autodefesa.

Diga-se também que uma decisão incompatível com a realidade substancial é injusta, ainda que não seja a busca da verdade o objetivo principal do processo, é inegável que a finalidade da própria atividade jurisdicional é fazer justiça. A exclusão de provas ilícitas que comprovam cabalmente o cometimento de um crime afetam a verdade e, por conseguinte, a justiça da decisão⁷.

Todavia, a norma brasileira não está estampada numa lei ordinária, mas na Constituição Federal, e isso precisa ser considerado e com a profundidade devida.

Com essas ponderações cheguei à dissertação de Thiago André Pierobom de Ávila, *Provas ilícitas e proporcionalidade*⁸ e notei que o autor partiu da mesma indignação que senti ao ler o referido acórdão RE 251.445/GO, concluindo que a regra de exclusão de provas ilícitas não poderia ser absoluta. Ao final da leitura, porém, não me convenci sobre a

⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pp. 92/93.

⁶ STF, HC 70.814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 01.03.1994.

⁷ “A luta judiciária não é um duelo, nem um jogo em que cada litigante se pode utilizar dos meios que melhor lhe assegurem a vitória. O Juiz não pode ficar sujeito a essas maquinações interesseiras para sentenciar, dando um veredictum falso se comparado com a realidade dos fatos. Fazer justiça é o ideal do magistrado, desde que possa conhecer lisamente, em seu conteúdo, todos os fatos debatidos, para aplicar a lei em favor de quem a mereça. Se o fato existe, mas deixa de ser conhecido, por aspectos meramente formais, e isso influir no julgamento, não haverá justiça, no sentido alcandorado do termo, mas embuste dos mais graves, porque se revela sob o pálio, embora conspurcado, do Poder Judiciário”. Alcandorado deriva de alcândor, que significa cume. LIMA, Alcides de Mendonça. A eficácia do meio de prova ilícito no CPC Brasileiro, p. 141.

⁸ Brasília: Lumen Juris, 2008.

relativização de uma regra constitucional pelo raciocínio principiológico dos direitos fundamentais com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

É esse o ponto de partida do estudo.

Como trazer flexibilidade à rigidez da norma constitucional proibitiva, em que medida e sob quais circunstâncias? São perguntas que se pretende responder ao final desse estudo, sem olvidar a realidade político-institucional do Brasil que nos leva a pensar se temos o amadurecimento necessário para flexibilizar o comando constitucional em comento, haja vista sua natureza jurídica de garantia individual ou, se a pretexto de um suposto risco institucional baseado no incentivo às práticas ilegais, nos furtamos à inconveniência prática da análise casuística e especialmente fundamentada que reclama excepcionar regra dessa ordem.

Ao lado disso, a par dos últimos acontecimentos políticos do país em que a ideologia de extrema-direita ganhou espaço nas instituições e na sociedade brasileira, é preciso atenção para reafirmar com vigor os direitos subjetivos e garantir a efetividade das normas constitucionais, bastião do Estado de Direito.

Com o devido enfrentamento teórico, são esses os esclarecimentos e um equilíbrio entre todos esses pontos que o presente trabalho pretende alcançar, é uma pesquisa aberta, portanto, não se partiu de uma ideia preconcebida de possibilidade ou impossibilidade de aplicação do exame de proporcionalidade para excepcionar a norma de inadmissibilidade processual de provas obtidas ilicitamente, pretendi perscrutar todas as variáveis desse assunto, para ao final elaborar as conclusões pertinentes.

Delimitação do objeto de trabalho

O propósito dessa dissertação é enfrentar a questão se é possível e recomendável no cenário jurídico e social brasileiro a admissão de provas ilícitas no processo, demonstrando, se a conclusão for positiva, em que medida e condições isso deve ser feito.

Por conseguinte, não é objeto desse trabalho analisar os contornos da ilicitude probatória em si, mas se uma prova considerada ilícita, pode ou não ser utilizada no processo e em que circunstâncias.

Outrossim, considerada a uniformidade do entendimento que admite a

prova ilícita *pro reo*, o debate deste trabalho restringir-se-á à admissão *pro societate*, que encerra maior problemática técnica, seja pelo objetivo central da norma proibitiva voltada à persecução penal, seja pelos valores de grandeza similar em conflito, quais sejam, o respeito aos direitos fundamentais e a realização de justiça estatal por meio do exercício do *jus puniendi*.

Desenvolvimento do trabalho

O trabalho desenvolver-se-á em cinco capítulos.

No primeiro, tratarei de responder a pergunta se o art. 5º, LVI, da Constituição Federal é uma regra de direito ou um princípio jurídico e, sendo regra, se é possível superá-la e de que forma, é aqui que se cuidará do exame de proporcionalidade, já que desponta como o principal método de argumentação jurídica para afastar a incidência da norma.

O segundo cuidará de questões teóricas que necessariamente perpassam a análise da aceitação no processo de uma prova ilícita, como o garantismo, certas características dos direitos fundamentais, como dimensão objetiva e eficácia horizontal, a conexão entre direitos fundamentais e procedimento, o direito à prova e a própria verdade como valor processual.

No terceiro capítulo, sem descuidar dos riscos que envolve a importação simplista de modelos teóricos, traçarei um panorama do direito comparado sobre a regra de exclusão, com enfoque nos Estados Unidos e Alemanha, a fim de entender o seu fundamento e o seu âmbito de aplicação.

Em cotejo com as diretrizes constatadas no capítulo anterior, serão tratados no quarto capítulo o contexto histórico em que se dera, no Brasil, a consagração da norma constitucional e o aprimoramento interno da cláusula, isso com vistas a definir o fundamento da regra de exclusão no país e delimitar o conceito de provas ilícitas.

Por fim, partindo-se da análise comparada do fundamento da regra da norma, o quinto capítulo tratará das exceções à regra de exclusão no direito estrangeiro e brasileiro, demarcando quais delas são lógica e funcionalmente aplicáveis ao ordenamento

jurídico local.

O objetivo do estudo é contribuir para que a ciência processual caminhe, senão para um perfeito equilíbrio entre os valores em conflito na questão, o que para muitos é considerado impossível, para ao menos a criação de um esboço objetivo de critérios para a elaboração de regras de exclusão e de aproveitamento de provas ilícitas, a fim de afastar o subjetivismo exacerbado nos julgamentos pontuais sobre a matéria, que não raro deixam de avaliar os “*systemic effects of interpretive decision-procedures*”⁹.

⁹VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*, 2006, p. 289.

PRIMEIRO CAPÍTULO

Abordagem inicial: uma análise normativa

Quando se fala em admissão de provas ilícitas o que se vê correntemente é a consideração de que a norma em questão é um princípio ou tem um caráter principiológico¹⁰ e, portanto, pode ser ponderada quando em conflito com outros da mesma estatura, daí que o primeiro ponto a ser enfrentado é se a natureza jurídica da disposição constitucional permite afastar a incidência da proibição taxativa aplicando-se o exame de ponderação com princípios também constitucionais e colidentes.

Diante disso, surgem algumas perguntas: a norma constitucional estampada no art. 5º, LVI, é um princípio jurídico ou uma regra de direito? O chamado caráter principiológico das normas de direito fundamental permite sejam elas todas interpretadas como sendo princípios, com as consequências práticas de aplicação decorrentes dessa igualdade?

Os questionamentos são de suma importância porque a estrutura normativo-material das disposições que integram a parte dogmática da Constituição, notadamente quanto aos direitos fundamentais, tem implicações diretas na sua interpretação e aplicação, já que visa em última análise uma fundamentação racional dos juízos concretos, o que pressupõe clareza dos seus conceitos e das respectivas formas argumentativas.

Com efeito, a tão conhecida teoria dos princípios¹¹ de Robert Alexy de onde se extrai as noções de máxima de proporcionalidade¹², relação de precedência condicionada¹³

¹⁰ AVILA, Thiago André 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 de Mestrado, Universidade de Brasília, 2006.

¹¹ Essa é a nomenclatura consagrada pelos adeptos dessa linha teórica, Cf. Jan Siekman, *Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte*, pp. 39-42, citado por LIMA, Rafael Scavone Bellem de. Otimização de Princípios, Separação de Poderes e Segurança Jurídica: O Conflito entre Princípio e Regra, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2012, p. 19.

¹²Frequentemente denominada “princípio da proporcionalidade”, Teoria dos Direitos Fundamentais, (tradução de

e sopesamento ou ponderação¹⁴, foi criada para solucionar a colisão havida entre normas conceituadas como princípios.

1.1 ART. 5º, LVI: Princípio ou Regra?

Com vistas a conhecer a dimensão analítico-conceitual da norma prevista no art. 5º, LVI da Constituição Federal far-se-á uma breve digressão histórica dos princípios.

Inicialmente os princípios eram normas universais de bem obrar, dogmas imutáveis de aceitação geral inspirados na natureza das coisas, foram a base do chamado jusnaturalismo e constituem o que hoje chamamos de princípios gerais do direito, tais como justiça, liberdade e bem comum.

Pretendendo contrapor-se à metafísica própria da ciência greco-medieval, procurou-se transpor para as ciências sociais o rigor metódico das ciências naturais, importando mais sob essa ótica o conjunto de normas postas pelo Estado do que a realidade social propriamente dita¹⁵, surge então as codificações, considerando-se Direito apenas o que havia sido positivado nos códigos. A teoria pura do direito de Hans Kelsen consagrou o positivismo, difundido pelas Escolas da Exegese na França e Escola Histórica na Alemanha, onde os princípios passaram a ter mera função supletiva com aplicação nas lacunas das regras, excluindo-se a possibilidade de aplicação dos princípios gerais - extraídos do direito positivo¹⁶ - contra alguma norma particular.

Após os horrores do fascismo na Itália, do nazismo na Alemanha, e da Segunda Guerra Mundial¹⁷, eventos históricos em que o positivismo foi associado à

Luís Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2008, nota de rodapé 84, p. 117.

¹³Própria da lei de colisão, as circunstâncias do caso concreto condicionam a prevalência de um princípio sobre o outro, portanto, casuisticamente essa relação pode se alterar. ALEXY, Robert, *ibidem*, pp. 94/99.

¹⁴Teoria dos Direitos Fundamentais (tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 163/166.

¹⁵CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*, 3. ed. Rio de Janeiro: Tendas, 2003, p. 88-89.

¹⁶O conceito de princípios gerais do Direito no positivismo difere daquele associado ao jusnaturalismo, aqui são considerados inferiores à lei. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 2006, p. 262.

¹⁷“Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam dentro do quadro da legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a normas emanadas da autoridade competente. Ao fim da II guerra mundial a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido”. BARROSO, Luís Roberto Barroso; BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional*

justificação das barbáries perpetradas ao abrigo da lei ¹⁸, o pós-positivismo ganha força pretendendo criar um modelo jurídico em que os princípios fossem alçados a verdadeiras normas jurídicas ao lado das regras, nessa fase inicial são encarados como diretrizes interpretativas e tomam forma por um ato constitutivo, houve um movimento de repúdio ao formalismo positivista e a aceitação de uma liberdade política integral na conformação da decisão administrativa ou judicial.

Nesse processo, uma nova contribuição foi feita por Zenio Crisafulli¹⁹ que entendeu que para além de vetores de interpretação os princípios seriam dotados de imperatividade, de carga normativa e seriam, assim, normas jurídicas. Princípio, sob essa ótica, é *“toda norma jurídica considerada como determinante de outras que lhe são subordinadas, que a pressupõe, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares”*.

Os princípios passam então a ser norma jurídica, responsáveis por dar estrutura valorativa às Cartas Constitucionais dos países emergentes do pós-guerra e, nesse ponto, superam hierarquicamente a posição das regras. Segundo as palavras de García de Enterría²⁰ os princípios conduziram o *“... pensamento jurídico ocidental a uma concepção substancialista e não formal do Direito, deslocando-se de uma metafísica da justiça para uma axiologia da matéria legal...”*.

Consagrado o caráter normativo dos princípios, a doutrina passa a se ocupar de distinguir as espécies normativas princípios e regras, despontando duas teses com contornos bastante claros, a tese da separação fraca ou quantitativa ou de grau (Canotilho e Bobbio) e, contemporaneamente pelos pós-positivistas, a tese da separação forte ou qualitativa (Alexy e Dworkin).

A diferença central entre as duas teses é a de que a qualitativa não considera características como abstração, generalidade ou importância como critérios distintivos, a diferença está na estrutura²¹ (na qualidade) das espécies normativas que, por isso, exigem

e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 232, 141-176, Abril/junho, 2003, pp. 146/147.

¹⁸ Deryck Beyleveld e Roger Brownsword defendem a tese do não positivismo exclusivo em que só devem ser consideradas regras àquelas que subsistirem a um julgamento moral, vide ALEXY, Robert, “Effects of Defects – Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword’s Law as Moral Judgment”, Ratio Juris 19 (2006), pp. 169-173.

¹⁹ Apud BONAVIDES, ibidem, pp. 273-286

²⁰ Apud BONAVIDES, ibidem, p. 286.

²¹ “O conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim um princípio pode ser um ”mandamento nuclear do sistema”, mas pode também não o ser, já que uma

métodos de aplicação próprios, daí porque para alguns doutrinadores a diferença para os chamados pós-positivistas está no modo de aplicação.²²

O constitucionalista português Canotilho²³ sintetizou em cinco tópicos os critérios distintivos entre regras e princípios:

1) grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida; 2) grau de determinabilidade: na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta; 3) carácter de fundamentalidade nos sistemas das fontes de Direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes: (ex: princípios constitucionais) ou à sua posição estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do estado de Direito); 4) „Proximidade“ da ideia de Direito: os princípios são „standards“ juridicamente vinculantes radicadas nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de Direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com conteúdo meramente funcional e 5) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

A tese da separação fraca não conseguiu solucionar os problemas das antinomias normativas, dos conflitos entre princípios e regras com que se deparavam os operadores do Direito diariamente, dificultando com isso a superação do modelo positivista²⁴, foi nesse cenário que Dworkin, na década de 1960, publicando a obra *“The model of rules”* lançou sua teoria de separação forte ou qualitativa entre regras e princípios, afastando os critérios de generalidade, hierarquia ou especialidade para distingui-los.

Importante destacar que para ele o modelo positivista não permitia a solução

norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade” (grifo nosso), SILVA, Luís Virgílio Afonso da, Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção, Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1, 2003, 607-630, pp. 612-615.

²²COELHO, Inocêncio Mártires, in Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, 5. Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 97.

²³Apud PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica filosófica e constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 142/143.

²⁴“Certamente, esse cenário do positivismo jurídico, ainda que dominante, está sendo contestado pelos movimentos pós-positivistas sem, entretanto, tocar no núcleo da alienação ideológica do direito. O alvo das correntes pós-positivistas não é a compreensão e interpretação do direito a partir das reais contradições sociais, mas a desconstrução de rígidas cristalizações formais, especialmente no nível da linguagem, as quais já não permitem as flexíveis acomodações exigidas pela complexidade da vida contemporânea necessárias à manutenção das estruturas hegemônicas da sociedade capitalista”. ALVES, Alaôr Caffé, A função ideológica do direito na sociedade moderna. Revista Brasileira de Filosofia, 232/169, jan-jun/2009 in Direito Constitucional: teoria geral do Estado. Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso (organizadores) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 – Coleção doutrinas essenciais; v. 2, p. 27.

de casos concretos com base em princípios não positivados, a discricionariedade não era apta a criar direitos ou obrigações, porque apenas ao legislativo era reservada a função estatal de criar Direito, Direito “novo” é não Direito, a teoria que cria, portanto, tem como foco reduzir ou regulamentar a discricionariedade do juiz e não aumentá-la ou permiti-la acriteriosamente. Diz ele sobre o exercício da discricionariedade pelo juiz:

a) é antidemocrática, enquanto altera o regime de divisão de Poderes, instalando o juiz no lugar do legislador, não obstante serem eles os escolhidos pela sociedade para criar Direito; b) é injusta, desde que propõe a aplicação retroativa do Direito dado que *ex post facto* se aplica uma solução; e c) contradiz a linguagem dos juristas, uma vez que os jurisdicionados vão aos Tribunais não para pedir para que se lhes crie o Direito, mas para que se lhes reconheça esse Direito²⁵.

Cria então um sistema em que os princípios integram o Direito para afirmar que tanto uma regra quanto um princípio pode impor obrigações; contudo, nesse modelo não há espaço para duas respostas corretas, da análise do caso concreto há de se encontrar uma única resposta legítima, com base na integridade²⁶ do Direito e na aplicação da teoria da adjudicação que requer a “*construção de um esquema de princípios abstratos e concretos que identificam a moralidade pressuposta das leis e instituições, implicando a justificação coerente do ordenamento vertical e horizontal das decisões jurídicas*”²⁷.

Distinguindo os princípios das regras, Dworkin propõe dois critérios, o lógico, relacionado ao raciocínio da solução dada a cada um, e o de importância, relacionado ao peso específico dos mesmos. O critério lógico estabelece que as regras seguem o modelo de aplicação do tudo ou nada (subsunção), se válidas, devem ser aplicadas, salvo cláusulas de exceção expressamente previstas, os princípios por outro lado não delimitam as hipóteses de incidência, nem as consequências de sua aplicação, constituindo apenas uma razão para decidir em determinado sentido; por sua vez, o critério de importância define que apenas os princípios podem ser submetidos a um exame de ponderação de acordo com o peso atribuído a eles na ordem jurídica, já que regras não possuem essa dimensão de peso²⁸.

²⁵ VIGO, Luís Rodolfo, *Interpretação Jurídica*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 66.

²⁶ Integridade remete aos fundamentos, ao substrato das normas, todas elas conectadas com os ideais de justiça, imparcialidade e igualdade. “Uma decisão é justa (ou seja, respeita a integridade do Direito) se fornece a resposta correta (mesmo que esta não se baseie na estrita legalidade) para o caso”, ensina Galuppo (1999, p. 198).

²⁷ VIGO, *ibidem*, p. 65.

²⁸ “Princípios tem uma dimensão que as regras não possuem – a dimensão de peso ou importância” [...] “Nesse

O alemão Robert Alexy, partindo da obra do Professor de Oxford²⁹, vai além para fundir ao sistema de normas o sistema de procedimentos, na obra *Teoria da Argumentação Jurídica*³⁰ cria um sistema racional para a tomada de decisões baseada no discurso jurídico-procedimental baseado num juízo de proporcionalidade, esse discurso teria como função dar validade e racionalidade às decisões, favorecendo com isso a cientificidade do Direito, bem como a legitimidade das decisões judiciais. Afirma que princípios são mandados de otimização que devem ser realizados na maior medida possível, aplicados no seu grau ótimo, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas³¹. No restante, não inova, regras seguem o modelo de subsunção³², e os princípios o de ponderação, com as prioridades de cada qual em caso de conflito definidas ao longo do discurso no caso concreto, num claro exemplo de ordenamento jurídico mole ou flexível.

Para Alexy, a distinção entre regras e princípios é fundamental, é uma das colunas-mestras³³ para a estrutura da teoria dos direitos fundamentais, uma vez que garante segurança jurídica através das normas-regra e permite a superação dos conflitos de valores próprios de uma sociedade pluralista e dinâmica por meio das normas-princípio³⁴.

Assim, realizado esse esboço histórico e para melhor visualização, podemos reunir definições diversas do que sejam regras e princípios: para Marcel Stati “*aquilo que*

sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque ela possui um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não se pode dizer que uma regra é mais importante do que outra dentro do sistema de regras, de modo que quando duas regras conflitassem, uma sobreporia a outra em virtude de seu maior peso” DWORKIN, R. M. *É o direito um sistema de regras?* Estudos Jurídicos, São Leopoldo/ RS, v. 34, n. 92, p. 119-158, setembro/dezembro 2001, pp. 130 e 134.

²⁹ “A enunciação de regras e princípios realizada por Dworkin é aceita por Alexy, que parte dessa teorização e procura sofisticá-la. O referido autor destaca a importância da diferença entre normas do tipo regra, e normas do tipo princípio, considerando-a como um marco de uma teoria normativa dos direitos fundamentais, e um ponto de partida para responder à pergunta acerca das possibilidades e limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”. CEZNE, Andrea Nárriman. *A Teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: v. 13. n. 52, p. 54.

³⁰ O Brasil, com o fim de controlar a discricionariedade judicial, tem dado primazia absoluta à Teoria da Argumentação de Robert Alexy, e a simples menção ao juízo de proporcionalidade já tem sido considerada suficiente para garantir a racionalidade da decisão.

³¹ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são por isso, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. (ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, (tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90).

³² Com os conflitos sendo solucionados por cláusulas de exceção ou nos critérios de invalidade: anterioridade, hierarquia e especialidade.

³³ ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 85.

³⁴ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: [s.n.], 1998, p. 8.

*caracteriza particularmente o princípio – e isto constitui sua diferença com a regra de direito (...) – é, de um lado, a falta de precisão e, de outro, a generalização e abstração lógica...³⁵”; para Ronald Dworkin, a diferença será dada pelo modo de aplicação de cada uma, regras são aplicadas pela lógica do tudo ou nada (*in-an all or nothing fashion*)³⁶, princípios por sua própria formulação, que não trazem uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica abstratamente determinadas³⁷, são traduzidos no processo de aplicação porque moldam-se durante a relação dialética que mantém com outros princípios³⁸; para Robert Alexy a diferença é que princípios são mandatos de otimização e regras mandatos de realização³⁹ e para Karl Larenz⁴⁰ - de onde o conceito de regra é dado por exclusão -, os princípios ainda não são regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas apenas pontos de partida para que o legislador, em abstrato; e o operador, de acordo com o caso concreto; formule a regra aplicável.*

Por fim, ainda tratando de conceitos, cabe aqui pontuar as observações de Humberto Ávila⁴¹, para quem:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e

³⁵ Citado por COELHO, Inocêncio Mártires. in Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, 5. Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96.

³⁶ Se válidas são aplicáveis de forma estrita, realizando exatamente o que prescrevem, nem em maior, nem em menor grau, afastando qualquer outra que dispuser de maneira diversa.

³⁷ ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 215: 151-179, jan/mar 1999 (nota 48 à p. 162).

³⁸ O princípio enuncia uma razão que orienta o discurso em certa direção, como consequência a norma é determinada apenas em uma decisão particular. Ronald Dworkin, Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 39/41.

³⁹ “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside em que os princípios são normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades jurídicas. O âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As regras, ao contrário, só podem ser cumpridas, ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Por conseguinte, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio” (grifo nosso), ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 86/87.

⁴⁰ LARENZ, Karl. Derecho justo: fundamentos de ética jurídica, Trad. Luíz Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1993, p. 33.

⁴¹ Ibidem, pp. 78/79.

os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Como se vê, o entendimento dominante é o de que regras são aplicáveis e princípios ponderáveis⁴².

A distinção entre regras e princípios forma o fundamento teórico-normativo, por um lado, da subsunção, e, por outro lado, da ponderação.

Note-se que regras são normas que ordenam algo definitivamente, determinam que algo seja feito no âmbito do que foi considerado fática e juricamente possível. Elas são mandamentos definitivos. Daí é que então, quando uma regra vale e é aplicável, é ordenado definitivamente fazer aquilo que ela pede. Se isso é feito, a regra está cumprida; se isso não é feito, a regra foi descumprida. Regras são, por isso, normas que sempre e somente podem ser cumpridas ou não cumpridas. Ao contrário, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida máxima relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização. Como tais, eles são caracterizados por meio disto, eles podem ser cumpridos em graus diferentes, e a medida de seu cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas essencialmente dos princípios em sentido contrário.

A racionalidade dos critérios de distinção entre regras e princípios, bem como a própria sustentabilidade dessa diferenciação tem sido questionada por parte da doutrina que reconhecendo a inutilidade dos critérios distintivos preferem acreditar que todo texto normativo só se torna Direito mediante a argumentação dialética operada no caso concreto. Como exemplo, para Cruz⁴³ seria melhor “*reconhecer que todo o ordenamento jurídico contém tão-somente normas prima facie vinculantes e, como tais, sempre dependentes do caso concreto para se tornarem norma jurídica definitiva*”. A objeção a essa tese é a mesma que se faz àquela que defende que as normas constitucionais de direitos fundamentais são todas, na verdade, princípios, ao que será dedicado o tópico seguinte.

Pois bem, de tudo quanto posto é possível afirmar com convicção que o art.

⁴² Gustavo Zagrebelsky afirma que as regras têm *fattispecie* e os princípios são privados de *fattispecie* que configurem sua inobservância, sendo por isso não aplicáveis, mas ponderáveis. ZABREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justitia, Madrid: Trotta, 1999, pp. 110/111. Em sentido contrário, ÁVILA, Humberto (ibidem, p. 59) afirma que a ponderação aplica-se tanto aos princípios quanto às regras, “*na medida em que qualquer norma possui caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso*”.

⁴³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica Jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 242.

5º, LVI é uma regra e não um princípio, a norma é clara ao determinar a consequência jurídica de sua aplicação, qual seja, a inadmissibilidade da prova, diz o texto legal “*são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos*”, é uma expressa determinação, e não faculdade, do que deve ser feito no caso concreto, nas palavras de Humberto Ávila, a norma é regra porque tem sua “*consequência predeterminada*”⁴⁴ e, nas de Alexy, a norma é regra porque aquilo que ela exige “*é algo que sempre ou é cumprido, ou não*”⁴⁵, ou a prova ilícita é inadmitida e a regra foi cumprida, ou ela é admitida e, a regra, descumprida⁴⁶.

Nessa esteira, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, sobre a mesma regra constitucional, esclarece:

Como se percebe, a Constituição resolveu esse difícil problema de opção legislativa proibindo, de modo absoluto, a produção de prova ilícita. Não há que se discutir sobre as diversas correntes (...) não há o que se interpretar: a Constituição consagrou a inadmissibilidade da prova ilícita. (...) A regra, em si, ora examinada, não se presta a uma ponderação de bens, conforme assinala a doutrina. Como regra que é, ela incide ou não incide na hipótese concreta. (...) Daí porque é extremamente difícil se afastar a regra que declara a proibição da utilização processual da prova ilícita. É que a regra referida é resultado de uma ponderação já feita pelo constituinte: entre as inviolabilidades prescritas pela Constituição, de um lado, e eventualmente a segurança pública (e a verdade processual), de outro, o constituinte sobrevalorizou a primeira, em detrimento da segunda⁴⁷.

Assim também entende Diogo Rudge Malan que categoricamente afirma: “*Ademais, o artigo 5º, inciso LVI, da Carta Constitucional possui natureza jurídica de regra e não de princípio, não comportando, portanto, aplicação em maior ou menor grau, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas de determinado caso*”⁴⁸.

1.2 Caráter principiológico das normas de direitos fundamentais

O caráter principiológico das normas de direitos fundamentais⁴⁹, também

⁴⁴ Idem, ibidem, p. 48.

⁴⁵ Alexy, Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 109.

⁴⁶ É claro que essa análise passa ao largo de exceções que serão tratadas no devido tempo, servindo aqui para fins de conceituação da espécie normativa.

⁴⁷ Processo penal (em face da) constituição: princípios constitucionais do processo penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 97.

⁴⁸ Gravações ambientais domiciliares no Processo Penal, in Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado. 2 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012, p. 344.

⁴⁹ ALEXY, Teoria dos Direitos Fundamentais, pp.117/118.

chamado de estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais⁵⁰ tem sido utilizado para afirmar que todas as normas dessa natureza são, na verdade, princípios. Cita-se a obra de Alexy para justificar essa interpretação e a consequente aplicação do princípio da proporcionalidade para sujeitar a ponderações qualquer norma constitucional, inclusive regras.

Thiago André Pierobom de Ávila estabelece como premissa de seu texto a estrutura lógica de todos os direitos fundamentais como princípios jurídicos, para afirmar que o art. 5º, LVI, da Constituição Federal é um princípio e não uma regra, diz ele:

Conforme Alexy, as normas de direitos fundamentais possuem um caráter duplo: são ao mesmo tempo regras e princípios: “Ela [teoria dos princípios] afirma não apenas que os direitos fundamentais, enquanto balizadores de definições precisas e definitivas, têm estrutura de regras, como também acentua que o nível de regras precede *prima facie* ao nível dos princípios. O seu ponto decisivo é o de que atrás e ao lado das regras existem os princípios”.⁵¹

Suzana de Toledo Barros, referenciando Alexy, afirma:

Embora se possa catalogar, formalmente, as normas de direitos fundamentais constantes de uma Constituição como regras ou princípios, o salto dialético no estudo desse tipo de norma parece depender da consideração de que elas possuem um duplo caráter. Os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger⁵².

Pois bem, da leitura integral e atenta da obra de Alexy não é possível extrair essa conclusão, ao contrário, ele mesmo e expressamente aponta o equívoco de se reduzir todas as disposições constitucionais a princípios, a fim de generalizar o sopesamento⁵³. Alexy, ao comentar o entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão de que o princípio da proporcionalidade decorre da essência dos direitos fundamentais, é enfático ao afirmar “*isso é válido de forma estrita quando as normas de direitos fundamentais têm o caráter de princípios*”⁵⁴. Voltarei a esses tópicos com mais detalhes a frente.

Primeiramente, é preciso pontuar que Alexy ao tratar do conceito de norma

⁵⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *ibidem*, pp. 20/23.

⁵¹ *Idem*, *ibidem*, p. 23.

⁵² *Ibidem*, p. 155.

⁵³ *Ibidem*, p. 109.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 117.

o entende como um objeto semântico, como o *significado* de um enunciado normativo, o conceito primário em que ele se inspira, ao dizer que “*é recomendável, portanto, que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não no nível do enunciado normativo*”⁵⁵. Essas normas, quando positivadas, são estruturadas em enunciados, ou disposições, normativos divididos entre regras e princípios⁵⁶.

A distinção entre regras e princípios é uma das bases da teoria dos direitos fundamentais, é a partir dela que se constrói o discurso sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico e, por conseguinte, permite responder a “*pergunta acerca da possibilidade e dos limites de racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais*”⁵⁷, pergunta essa realizada por esse trabalho. Ao falar sobre a necessidade de uma distinção precisa entre regras e princípios para suprir a falta de técnica no trato desses conceitos pelos operadores do Direito, Alexy comenta, utilizando, observe, aspas no termo princípios, que as normas de direitos fundamentais são frequentemente caracterizadas como “*princípios*”⁵⁸, apontando claramente para o erro dessa interpretação.

Não poderia ser diferente, a máxima da proporcionalidade, com suas máximas parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, decorre do próprio *conceito* de princípio, note que os princípios são mandamentos de otimização diante das possibilidades fáticas e jurídicas, ora as máximas parciais da adequação e da necessidade referem-se as possibilidades fáticas e, a da proporcionalidade em sentido estrito, às possibilidades jurídicas, determinadas pelos princípios e regras colidentes.⁵⁹ O conceito de regras não permite essa aplicação, como elas ordenam que algo seja feito, elas já determinam a extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.

Disso decorre o entendimento de Alexy de que a máxima da proporcionalidade decorre das normas de direitos fundamentais, “*na medida em que tenham caráter de princípio*”, ele apontando a obscuridade do julgado BVerfGE 19, 342⁶⁰ em que o Tribunal Constitucional Federal Alemão afirmou que a máxima da proporcionalidade decorreria da própria essência dos direitos fundamentais, esclarece que isso só “*é válido de forma estrita quando as normas de direitos fundamentais têm o caráter de princípios*”, no

⁵⁵ Ibidem, p. 62.

⁵⁶ “... tanto as regras estabelecidas pelas disposições constitucionais quanto os princípios também por elas estabelecidos são normas constitucionais”. (Ibidem, p. 140).

⁵⁷ Ibidem, p. 85.

⁵⁸ Ibidem, p. 86.

⁵⁹ Ibidem, p. 116/117 e 90.

⁶⁰ BVerfGE 19, 342 (348-349); 65, 1 (44).

exemplo dado para demonstrar isso escreve ao falar sobre o exame de necessidade que um meio afeta menos ou não afeta “*a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio exige*”⁶¹.

Sobre o caráter duplo das normas de direitos fundamentais é enfático: “*Toda norma é ou uma regra ou um princípio*”⁶². Parece haver uma confusão entre dois termos utilizados por Alexy que ora fala em caráter duplo das *disposições* de direitos fundamentais e ora em caráter duplo das *normas* de direitos fundamentais. Como dito acima, as normas foram estruturadas em dois tipos de disposições, regras e princípios, por isso o caráter duplo das *disposições*⁶³. Alexy mesmo reconhece a confusão e esclarece que o caráter duplo das disposições “*não significa ainda que também as normas de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo*” que, terão caráter duplo, apenas “*se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos*”⁶⁴, o que acontece quando na regra é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípio que, por isso, pode ser sopesada⁶⁵, o que ele chama de regra incompleta⁶⁶.

Seguindo a linha de Alexy, uma regra pode ser sopesada, aplicando-se a teoria dos princípios, em duas hipóteses, se for uma regra incompleta ou, se completa, for impossível aplicá-la ao caso concreto.

No caso da regra incompleta, o sopesamento ocorrerá somente quanto à cláusula restritiva com estrutura de princípio⁶⁷.

Quanto à regra completa, se o caso concreto apontar para uma

⁶¹ Ibidem p. 116/120.

⁶² Ibidem, p. 91.

⁶³ “As disposições de direitos fundamentais podem ser consideradas como uma decisão a favor de princípios, positivando-os, e também como uma expressão de determinações em face das exigências de princípios contrapostos, regras, adquirindo assim, um caráter duplo”. (Ibidem, p. 139).

⁶⁴ “O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas - as regras e os princípios - é o fundamento do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais. Mas isso não significa ainda que também as normas de direitos fundamentais compartilhem desse mesmo caráter duplo. De início elas são ou regras (normalmente incompletas) ou princípios. Mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos. Uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos”. (ibidem, p. 141).

⁶⁵ Dando o seguinte exemplo: “São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico se tais intervenções não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que tenham hierarquia constitucional (que podem se referir a direitos fundamentais de terceiros ou a interesses coletivos), os quais, devido às circunstâncias do caso, têm primazia em face do princípio da liberdade artística”. Ibidem, pp. 141/142.

⁶⁶ Esclarecendo que: “Na medida em ela for incompleta nesse sentido, a decisão constitucional pressupõe um recurso ao nível dos princípios, com todas as incertezas que estão a ele vinculadas. Mas isso nada muda no fato de que as determinações devem ser levadas a sério na medida em que forem suficientes”. Ibidem, p. 140.

⁶⁷ Ibidem, p. 143.

impossibilidade de sua aplicação, ainda que perca o seu caráter de mandamento definitivo não terá o mesmo caráter *prima facie* dos princípios⁶⁸, se isso fosse possível seria mais ou menos a mesma coisa que dizer que todas as normas de direitos fundamentais são igualmente ponderáveis e toda a discussão até aqui travada perderia sentido, regras e princípios de acordo com a teoria dos direitos fundamentais não podem ser aplicados da mesma forma diante de um caso concreto, porque: “*mesmo com um fortalecimento do caráter prima facie dos princípios, por meio de uma carga argumentativa a seu favor, eles não alcançam o caráter prima facie das regras, que é fundamentalmente diferente e mais forte*”⁶⁹.

A título de conclusão quanto às afirmações de Alexy, que, repito, não levam à afirmação corrente de que a teoria dos princípios é aplicada a toda e qualquer regra com base no princípio por ela implementado, colaciono a seguinte análise realizada por ele quanto ao “princípio” da legalidade:

Só serão penalmente puníveis os atos que a lei previamente definir como crimes, [...] a ele subjaz um princípio ao qual se pode recorrer para sua interpretação. Mas esse enunciado estabelece uma regra, já que aquilo que ele exige é algo que sempre ou é cumprido, ou não. Como essa norma é frequentemente caracterizada como “princípio”, ela é um dos exemplos dos casos em que a teoria dos princípios aqui defendida se desvia do uso corrente da linguagem⁷⁰.

É possível, ainda, mencionar outros doutrinadores.

Jan Sieckman⁷¹ afirma, ao tratar da separação entre princípios e regras proposta por Alexy, afirma que ela possui cinco premissas sendo uma delas “*a tese da separação rigorosa: toda norma é ou um princípio ou uma regra*”.

Luiz Moreira, recorrendo a Jürgen Habermas, exorta que regras sejam respeitadas pelo argumento da legitimidade do Direito que, atrelada a um ideal democrático não se coaduna com discricionariedade ou decisionismo, diz ele:

⁶⁸ Por isso não é correto dizer que regras e princípios são normas “*prima facie*” vinculantes como defende Álvaro Ricardo de Souza Cruz. *Hermenêutica Jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 242.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 103/106.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 109.

⁷¹ *In Probleme der Prinzipientheoria der Grundrechte*, p. 42, apud Rafael Scavone Bellem de Lima, *ibidem*, p. 30.

[...] o processo de positivação do Direito vem acompanhado de uma correção processual que, no entender de Habermas, legitima uma pertinente suposição de racionalidade e validade do ordenamento jurídico. Isto é, com o processo legislativo cercado por cuidados e prescrições em seus procedimentos, temos um fundamento legítimo que aponta para uma base de validade do Direito estatuído. Isto porque, com a positivação do Direito, não temos a emanção de um poder arbitrário ou autoritário, ao invés, trata-se da manifestação de uma vontade legítima, portadora de um poder que, em última instância, emana do povo. Daí porque se trata de uma vontade legítima que resulta de uma “autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos”⁷².

Nesse mesmo sentido, o constitucionalista alemão Peter Häberle defende que todo direito fundamental aspira a ser “regra”, para que a sua normatividade se converta em normalidade ou prática efetiva no âmbito da sociedade em que pretende atuar⁷³.

Entre nós, Humberto Ávila afirma:

O tiro sai pela culatra: a pretexto de aumentar a efetividade da norma, a doutrina denomina-a de princípio, mas, ao fazê-lo, legitima sua mais fácil flexibilização, enfraquecendo a sua eficácia; com a intenção de aumentar a valoração, a doutrina qualifica determinadas normas de princípios, mas, ao fazê-lo, elimina a possibilidade de valoração das regras, apequenando-as; com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo sem indicar critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisionismo; [...]”⁷⁴.

Ayres Brito⁷⁵ entende que a base da nova hermenêutica constitucional é a dualidade princípios/regras, para ele o “*parâmetro de interação das normas constitucionais originárias consigo mesmas reside é na dualidade temática princípios/regras ou princípios/preceitos (regras comuns são preceitos, e não princípios)*” e explica que os princípios por explicitarem valores possuem maior envergadura sistêmica e são interpontuais, ao contrário das regras ou preceitos que já carregam em si um estado-de-coisas e, portanto, sendo pontuais, determinam o que deve ser realizado.

Assim, muito embora se reconheça que toda norma constitucional de direito

⁷² MOREIRA, Luíz. Fundamentação do Direito em Habermas, 2004, p. 125.

⁷³ HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, 1997, p. 101 e 197.

⁷⁴ ÁVILA, Teoria dos Princípios, 2011, p. 91.

⁷⁵ Teoria da Constituição, 2006, p. 166.

fundamental tem sua dimensão valorativa⁷⁶, essa distinção conceitual tem razão de ser⁷⁷, com reflexos na interpretação e aplicação de cada espécie normativa, ora, regras são cogentes, são determinações que já foram sopesadas com princípios contrapostos⁷⁸ e, por isso, adquiriram concretude, o órgão normativo no exercício de sua competência decisória, nas palavras de Humberto Ávila⁷⁹, já realizou a “ponderação pré-legislativa” justamente para que não “acabasse sem peso algum” na prática.

Como já dito, é quase uma obviedade que as regras tenham origem em princípios, a própria jurisprudência ao ponderar princípios de forma constante em casos concretos semelhantes cria um determinado tipo de regra⁸⁰, uma coisa é admitir isso e, outra bem diferente, é igualar conceitos distintos para forçar a mesma aplicação a todas as espécies normativas, desvirtuando a própria estrutura da teoria dos direitos fundamentais.

Considerar todas as normas de direitos fundamentais como princípios compromete a segurança jurídica, há de se ter clareza e previsibilidade na aplicação do Direito para que a expectativa dos jurisdicionados seja estável, quanto maior a discricionariedade menos estável é essa expectativa e há muito maior discricionariedade nos princípios⁸¹ do que nas regras, se a norma em si traz uma *fattispecie* deve, salvo raras exceções, melhor, raríssimas exceções, ser aplicada⁸², já que os sopesamentos foram feitos previamente ao estabelecimento da norma de conduta⁸³.

As regras têm a função de afastar a controvérsia e a incerteza do seio social, como solucionam de modo abstrato inúmeros casos contribuem para que as pessoas se

⁷⁶ Para Ávila a dimensão axiológica é própria de qualquer norma jurídica, Teoria dos princípios, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 59.

⁷⁷ A distinção entre princípio e regra para Robert Alexy é “um dos pilares fundamentais do edifício da teoria dos direitos fundamentais”, *ibidem*, p. 85.

⁷⁸ Ao tratar do modelo constitucional combinado em dois níveis, um de princípios e outro, de regras, Alexy ensina: “As disposições de direitos fundamentais podem – e com isso se adentra o segundo nível – ser consideradas não somente como uma positivação e uma decisão a favor de princípios, mas também como a expressão de uma tentativa de estabelecer determinações em face das exigências de princípios contrapostos”. Teoria dos Direitos fundamentais, p. 139.

⁷⁹ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência””, p. 4.

⁸⁰ Alexy conceitua esse tipo de norma como de direito fundamental atribuída que tem estrutura de regra como se fosse uma norma positiva, *ibidem*, pp. 99/103.

⁸¹ “No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa” a afirmação é de Robert Alexy, in Teoria dos Direitos Fundamentais, p. 139 e, também, “quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios”, mesma obra, p. 140.

⁸² O legislador ao criar a regra endereça à sociedade um comando e não uma faculdade.

⁸³ “Regras, desse modo, operam como instrumentos de alocação de poder. Quem decide sem limitações impostas por regras tem o poder, a autoridade e a jurisdição para levar todos os fatores em consideração. Inversamente, decisões limitadas por regras perdem ao menos parte dessa jurisdição”. SCHAUER, Frederick, *Playing by the rules: A Philosophical Examination of Rule Based Decision Making in Law and in Life*, Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 159.

coordenem melhor em suas relações e deliberem com baixo custo sobre as questões decorrentes, além de propiciar a segurança das pessoas e a eficiência das decisões ao eliminar ou reduzir a arbitrariedade no manuseio dos princípios.

Nessa esteira, as regras devem ser obedecidas nas palavras de Humberto

Ávila:

porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade. Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria. Bem ao contrário, elas desempenham uma função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais⁸⁴.

Em se tratando de regra constitucional, o raciocínio de preservar a autoridade, a supremacia e, notadamente, a intangibilidade da ordem instituída precisa ser considerado premissa necessária ao desenvolvimento de qualquer outro, sob pena de comprometer a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento jurídico, a segurança jurídica das relações e a integridade do sistema político, além da própria legitimidade das instituições republicanas.

Por todo o exposto, afasta-se com rigor a utilização equivocada da expressão caráter principiológico dos direitos fundamentais como fundamento para uma aplicação da teoria dos princípios e, por conseguinte, da máxima da proporcionalidade com suas máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a regras constitucionais, salvo nas hipóteses de regras incompletas, na parte estruturada como princípio.

A regra do art. 5º, LVI, da CF não possui nenhuma cláusula restritiva é, assim, uma regra completa.

Concluindo, o caráter principiológico dos direitos fundamentais, mencionado na obra de Alexy, vem sendo utilizado de forma equivocada pela doutrina e jurisprudência brasileiras como razão para interpretar e aplicar todas as normas constitucionais como sendo, em rigor, princípios, quando na verdade o alemão refuta expressamente essa prática e utiliza a expressão para explicar que: i) quando se cria uma regra

⁸⁴ Teoria dos Princípios, pp. 112/114.

o que se faz é estabelecer a restrição de princípios contrapostos; ii) o sopesamento entre princípios conflitantes geram uma norma de direito fundamental atribuída (com estrutura de regra) e iii) regras incompletas admitem sopesamento na parte estruturada como princípio.

1.3 Antinomia entre um princípio e uma regra constitucionais

Para o desenvolvimento do raciocínio, o parâmetro teórico continuará a ser a teoria dos princípios desenvolvida por Alexy, que defende a distinção entre princípios e regras, entendendo os princípios como normas que ordenam que algo seja *realizado na maior medida possível* dentro daquilo que é fática e juridicamente possível, e as regras como normas que ordenam que algo seja *feito* na exata medida de sua prescrição; decorrendo da estrutura dos princípios o chamado princípio da proporcionalidade que investiga a relação de causalidade entre um meio e um fim para dizer se o princípio que justifica o meio será promovido e em que medida os princípios atingidos pelo fim serão restringidos.

Como cediço, o conflito entre regras e a colisão entre princípios são frequentemente debatidos e estudados no ambiente acadêmico desde os anos iniciais do curso de Direito, dispensando citações essa afirmação por ser notória, mas e quando o que temos é a antinomia entre uma regra e um princípio, qual a solução técnico-jurídica adequada?

Num caso concreto em que a principal prova de um processo foi obtida por meio ilícito e cabalmente demonstra a culpa de um réu com função de chefia dentro de uma organização criminosa conhecida em todo o país, o que deve prevalecer, a regra de inadmissibilidade da prova que levará a sua absolvição ou o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos⁸⁵ permitindo que a prova ilícita seja conhecida e fundamente um juízo de condenação?

Para tanto, far-se-á um corte teórico focando a análise na antinomia havida especificamente entre normas de espécies distintas, mas de mesmo nível hierárquico, vale dizer, uma regra e um princípio constitucionais⁸⁶.

⁸⁵Objetivo do Direito Penal realizada por meio do processo.

⁸⁶ Isso porque a antinomia entre normas de níveis hierárquicos distintos comportará uma análise também hierárquica, prevalecendo àquela de maior nível no escalonamento normativo.

1.3.1 Relação de restrição

Quando uma regra é criada, a consequência prática é a restrição aos princípios que com ela colidem, a opção legislativa foi feita em favor do princípio implementado pela regra, por isso a solução restritiva para os casos de antinomia envolvendo uma regra e um princípio é a mais comum, prevalece a regra que por si restringe o âmbito de realização dos demais princípios aplicáveis ao caso concreto. A consideração inversa de preponderância do princípio ignora que as regras são medidas de concretização de princípios.

Luís Virgílio Afonso da Silva entende que no caso de antinomia entre um princípio e uma regra não há uma colisão propriamente dita:

O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, feito pelo legislador, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a simples expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção.⁸⁷

Assim, a resposta mais comum é aquela baseada na relação de restrição, em que a regra deve ser aplicada afastando-se o princípio, subsumida a conduta à norma aplica-se a regra em detrimento do princípio, até porque para os pós-positivistas não há nenhuma relação de superioridade entre as espécies normativas, de modo que eventual conflito entre normas constitucionais não pode ser solucionado com base num critério hierárquico.

Contudo, rumo contrário tomou o STF no HC 89.417/RO, relatado pela Min. Cármen Lúcia e julgado pela Primeira Turma, em que a regra de autorização da maioria da Assembleia Legislativa para a prisão em flagrante de crimes inafiançáveis cometidos por Deputados Estaduais (art. 53, § 2º da CF) foi superada pelas circunstâncias do caso concreto, em que o pedido de relaxamento da prisão do Presidente da Assembleia Legislativa de Rondônia baseava-se na falta de autorização da casa, contudo, 23 dos 24 Deputados estavam envolvidos num esquema de corrupção do qual o impetrante também participava, afirmou-se

⁸⁷ O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, p. 61. E diz mais: “Em geral, a aparente colisão entre um princípio e uma regra nada mais é do que o resultado de um processo de restrição ao princípio, cuja expressão é a regra”, op. cit., p. 183. Trata-se da tese apresentada ao concurso para provimento de professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2005.

nessa ocasião que a regra constitucional estaria servindo à impunidade e não à democracia⁸⁸.

O caso serve para ilustrar que muito embora a existência das regras implique a sua prevalência sobre os princípios, e assim deve ser geralmente, é preciso entender que isso não se dá de modo absoluto, há vezes em que aplicar a regra em detrimento do princípio gera uma situação fática e jurídica insustentável, daí porque a teoria dos princípios preconiza que a relação de precedência das regras sobre os princípios é dada de forma *prima facie*, no sentido de que “precedências *prima facie* não estabelecem determinações definitivas, mas ônus argumentativos”⁸⁹, determinando que, na prática, a superação de uma regra seja possível, mas de forma mais complexa que a superação de um princípio.

Nesse sentido, Thomas Bustamente afirma que:

... *prima facie*, em caso de conflitos entre regras e princípios as regras ganham por definição. Não existe, porém, uma insuperabilidade absoluta das regras jurídicas, pois elas também podem ser excepcionadas no caso concreto. Mas a superabilidade das regras é, ao contrário da dos princípios, reservadas a situações excepcionais⁹⁰.

⁸⁸ EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO DECRETADA EM AÇÃO PENAL POR MINISTRA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEPUTADO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE COATORA E NULIDADE DA PRISÃO EM RAZÃO DE NÃO TER SIDO OBSERVADA A IMUNIDADE PREVISTA NO § 3º DO ART. 53 C/C PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 27, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMUNICAÇÃO DA PRISÃO À ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO À ESPÉCIE DA NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 53, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 1. A atração do caso ao Superior Tribunal de Justiça Tribunal é perfeitamente explicada e adequadamente fundamentada pela autoridade coatora em razão da presença de um Desembargador e de um Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado nos fatos investigados na ação penal, todos interligados entre si, subjetiva e objetivamente. Conexão entre os inquéritos que tramitaram perante o Superior Tribunal de Justiça, que exerce a vis atractiva. Não configuração de afronta ao princípio do juiz natural. Decisão em perfeita consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Súmula 704. 2. Os elementos contidos nos autos impõem interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. A Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais, vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente. 3. Habeas corpus cuja ordem se denega. (HC 89417, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 15-12-2006 PP-00096 EMENT VOL-02260-05 PP-00879)

⁸⁹ ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*, p. 227, citado por Rafael Scavone Bellem de Lima, op. cit., p. 45.

⁹⁰ Argumentação Contra Legem, pp. 236/237.

Com o mesmo tom, Humberto Ávila ensina que numa regra, a consequência estabelecida *prima facie* pode deixar de ser aplicada quando o caso concreto apresenta razões tão substanciais que superam àquelas que justificam a própria regra, mas esclarece com rigor citando Frederick Schauer, que “*no caso das regras a consideração a aspectos concretos e individuais só pode ser feita com uma fundamentação capaz de ultrapassar a trincheira decorrente da concepção de que as regras devem ser obedecidas*”, ao que denomina função eficaz de trincheira das regras, para ele a finalidade da norma permite deixar de enquadrar casos preliminarmente enquadráveis, desde que se pondere a razão geradora da regra com as razões substanciais para o seu não-cumprimento⁹¹ ou outros princípios⁹², arcando o intérprete com o ônus de argumentação capaz de superar a “*importância das razões de autoridade que suportam o cumprimento incondicional das regras*”⁹³.

Seguindo com Ávila, o caráter distintivo entre regras e princípios é justamente o modo como o intérprete justifica, argumenta, a aplicação de uma ou outra espécie normativa, no caso das regras o ônus argumentativo deve ser capaz de superar as razões para seu cumprimento, daí dizer que elas geram, para a argumentação, razões de correção (*rightness reasons*) ou razões autorizativas (*authority reasons*), ao contrário dos princípios que geram razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reasons*).⁹⁴

Por conseguinte, a análise da obra de Humberto Ávila em sua inteireza não permite concluir que ele advogue a tese de que regras e princípios são tão próximos a ponto de permitir uma aplicação similar⁹⁵.

Tratando sobre as condições de superabilidade das regras, Humberto Ávila⁹⁶ defende que as regras por envolver valores, em circunstâncias excepcionais, podem ser superadas mediante a implementação de condições materiais e procedimentais. As regras teriam graus de resistência, quanto mais previsíveis, eficientes e promotoras de igualdade for a sua hipótese, maior o grau de resistência dela. A superação dependeria de fundamentação substancial e logicamente estruturada demonstrando que, no caso concreto, decisão contrária

⁹¹Na linha de Alexy, é o caso de impossibilidade fática.

⁹²Na linha de Alexy, é o caso de impossibilidade jurídica.

⁹³Idem, ibidem, p. 49.

⁹⁴Idem, ibidem, p. 74.

⁹⁵Tal qual defende Gabriel Silveira de Queirós Campos, em *Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal*, Salvador: JusPodivm, 2015, pp. 196/198.

⁹⁶Teoria dos princípios, p. 115/120.

à regra não prejudicaria sua finalidade subjacente e, também, que a superação da regra não provocará expressiva insegurança jurídica ao possibilitar o reaparecimento frequente de situação similar.

Essa condição negativa para a superação da regra dada por Ávila já denota que apenas em raríssimos casos a superação da regra será possível, uma vez que casos de crimes graves ou de criminalidade organizada são ordinários no cotidiano forense.

Nossa Carta Constitucional, tanto quanto a alemã, adotou um modelo misto de regras e princípios, ao tratar desse modelo Alexy afirma que a vinculação à Constituição determina uma submissão a todas as disposições constitucionais, fruto de decisões do legislador constituinte, e, sob essa ótica, há uma primazia do nível das regras sobre o nível dos princípios, isso porque ainda que o texto tenha decidido em favor de princípios, positivando-os, as normas com essa estrutura deixam margem a muitas dúvidas e são compatíveis com uma infinidade de decisões e relações de preferência, o que não acontece no nível das regras, porque nele já se decidiu a favor de determinados princípios, daí dizer que quando o legislador fixa uma regra decidiu mais que quando positiva um princípio⁹⁷.

Mais à frente, o professor da Universidade de Kiel, que em diversas passagens exorta a necessidade de se levar a sério as determinações estabelecidas pelas normas de direitos fundamentais⁹⁸, trata da possível superação de uma regra:

É claro que, neste ponto, se deve indagar o quão rígida é essa relação de primazia. A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal demonstra que ele não pressupõe uma primazia inafastável das determinações fixadas pelo texto constitucional [...]. A relação de primazia entre os dois níveis não é, portanto, uma primazia estrita. Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado.

O método de relação de restrição é o mais simples e confere solução técnica à maioria das antinomias, todavia, essa solução não é absoluta, por mais elevada que a regra

⁹⁷ Ibidem, pp. 139/141.

⁹⁸ Alexy ao tratar dos três modelos constitucionais e, especificamente, do modelo puro de princípios proposto por Eike von Hippel para quem normas de direitos fundamentais são meras normas de princípios, objeta que esse modelo não leva a sério a regulação adotada pela Constituição escrita ao substituir “vinculação por sopesamento”, ignorando a rigidez da Carta alemã e sua “pretensão de clareza e univocidade” e sugere um modelo combinado de regras e princípios. Teoria dos direitos fundamentais, pp. 121/144.

possa estar na hierarquia do ordenamento jurídico, haverá casos em que a aplicação estrita dela levará a resultados inusitados e de nenhum reconhecimento social, daí porque o que interessa saber é não se a regra é rígida e a proibição peremptória, mas em que casos e mediante qual método ela poderá ser relativizada.

1.3.2 Princípio da proporcionalidade

Outra solução é ponderar dois princípios, aquele que colide com a regra com o que foi implementado por ela⁹⁹, é a hipótese clássica da aplicação do chamado princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), no nosso caso específico a ponderação se daria entre o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos na acepção positiva de Jellinek 100 e o princípio da vinculação à Constituição - no sentido material próprio do Constitucionalismo de o Estado promover e respeitar os direitos fundamentais 101 -, que sustenta a regra do art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Esse entendimento que dá tratamento idêntico a princípios e regras esbarra na estrutura normativa do ordenamento jurídico baseada em regras e princípios¹⁰², dentre cujas implicações está a menor discricionariedade no manejo das regras pelo aplicador em benefício da segurança jurídica¹⁰³, sem contar que a decisão do órgão normativo pela regra

⁹⁹ Defendem essa tese CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica*, Curitiba, Juruá, 2006. pp. 223/224 e ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Brasília: Lumen Juris, 2008, pp. 20/23.

¹⁰⁰ Direitos a proteção são entendidos como aqueles que o titular de direitos fundamentais tem em face do Estado que deve atuar positivamente para protegê-lo contra intervenções de terceiros.

¹⁰¹ O Constitucionalismo, visto como contraposição ao Absolutismo e entendido como movimento de limitação do poder estatal, está intimamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais e à garantia de respeito a eles. Nesse sentido, Alexy qualifica a vinculação à Constituição como um princípio: “Na verdade, aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado”. (Teoria dos direitos fundamentais, p. 141).

¹⁰² Ou regras, princípios e postulados, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 135/144.

¹⁰³ Sobre previsibilidade e segurança jurídica, pontua Jeremy Waldron que a “governança pela lei é a governança com base em regras gerais, e é isso o que lhe confere um viés moralista. Juristas, algumas vezes, escrevem como se a generalidade da lei fosse simplesmente uma vantagem pragmática do ponto de vista administrativo. Mas ela é mais do que isso. Generalizações com relação a ações e pessoas são símbolos ou garantias de que as decisões judiciais são tomadas e impostas em virtude de razões (e de que essas razões estão sendo seguidas até as suas conseqüências), e não arbitrariamente ou por capricho”. (The Principles of Legislation, p. 21). No mesmo sentido, Frederick Schauer: “Argumentos a favor da tomada de decisões baseada em regras tradicionalmente concentram-se na capacidade das regras para promover as virtudes inter-relacionadas da confiança, da previsibilidade e da certeza. De acordo com tais argumentos, aqueles que ao tomar decisões seguem as regras, mesmo quando outros resultados parecem preferíveis permitem que os afetados pelas suas decisões possam prever com antecedência quais serão as prováveis decisões. Consequentemente, aqueles que serão afetados por decisões alheias podem planejar suas atividades com mais sucesso sob um regime de regras do que sob qualquer outra forma de tomada de decisão mais particularista (*Playing by the rules*, pp.

normalmente leva em conta não só um princípio colidente, mas vários deles, optando-se por otimizar alguns e restringir o âmbito de realização de outros como, no caso, o da realização de Justiça por parte do Estado.

Ávila, para concluir pela prevalência da regra num confronto entre uma regra e um princípio constitucionais, ensina:

Mesmo considerando que a Constituição estabelece balizas conceituais quando utiliza expressões específicas, ainda assim se poderia pensar que havendo, no mesmo ordenamento constitucional, regras e princípios, poderia ocorrer um dos seguintes fenômenos: ou a prevalência do princípio sobre a regra, atuando aquele diretamente no âmbito não abrangido por esta; ou a ampliação do conceito previsto na regra pela atuação indireta do princípio sobre sua interpretação. Ambos os fenômenos, ainda que conceitualmente separáveis, provocam o mesmo efeito jurídico: criação de uma nova restrição sem atribuição expressa de poder por meio de uma regra. Nenhuma das duas possibilidades, no entanto, pode ser aceita¹⁰⁴.

Nesse sentido, Alexy afirmando que as regras mesmo após perder seu caráter definitivo estrito, tem o chamado caráter “*prima facie*” muito distinto daquele dos princípios, diz que um princípio cede lugar a outro antagônico quando o caso concreto lhe confere peso maior, mas “*uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra*”. É esse o caso clássico de aplicação do princípio da proporcionalidade para admissão de uma prova ilícita. Continua cirurgicamente, o professor de Kiel:

É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados “princípios formais”. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quanto se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*. Diz, ainda, que mesmo com um fortalecimento do caráter *prima facie* dos princípios, por meio de uma carga argumentativa a seu favor, eles não alcançam o caráter *prima facie* das regras, que é fundamentalmente diferente e mais forte¹⁰⁵.

137/138).”

¹⁰⁴Teoria dos princípios, p. 106.

¹⁰⁵Ibidem, pp. 103/106.

Quanto ao ponto tratado, Bustamante posiciona-se contrariamente:

Las excepciones a los supuestos de hecho de las reglas jurídicas no pueden ser justificadas por la simple realización de una nueva ponderación de principios aplicada al caso concreto, como si las reglas establecidas por el legislador fuesen también principios¹⁰⁶.

Do mesmo modo, impugnando a solução pela ponderação direta entre princípios constitucionais, Humberto Ávila defende que a despeito de o processo de superação realizar em certa medida uma ponderação de valores, ele se dá de maneira diferente, porque a superação da regra exige que se olhe para além do caso concreto, para a repercussão dessa solução para a maioria dos casos, levando em conta seu impacto no “*equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual*”¹⁰⁷.

Oportunas são as palavras de Álvaro Ricardo de Souza Cruz ao encetar as críticas de Jürgen Habermas à aplicação da teoria da proporcionalidade para solucionar um conflito havido entre uma regra e um princípio¹⁰⁸:

Habermas não rejeita *a priori* a proporcionalidade. Ao contrário, ele a considera legítima dentro de uma condição: que se processe nos limites dos discursos de fundamentação (ou justificação) que ocorre em momento anterior à aplicação da norma! O Direito não trata apenas da solução de conflitos sociais ou coletivos, mas disciplina também programas políticos em torno de uma rede de discursos e negociações. Ora, é nessa seara que a escassez de meios e recursos tem definida a sua aplicação. Aqui, o engate entre o sistema jurídico e o político se faz pela Constituição, cunhada como unidade de acoplamento estrutural.

É que para Habermas¹⁰⁹, a teoria de Alexy acaba causando riscos à segurança jurídica por inexistir nela critérios racionais¹¹⁰, uma vez que trata os princípios

¹⁰⁶ BUSTAMANTE, Thomas. Principios, Reglas y Derrotabilidad, p. 223.

¹⁰⁷ Teoria dos princípios, p. 119.

¹⁰⁸ Hermenêutica Jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 162.

¹⁰⁹ Direito e Democracia: entre a facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1-2 e Reply to symposium participants. In: Habermas on law and Democracy. Ed. M. Rosenfeld and A. Arato. 381-452. Bekerly, CA: University of Califórnia Press, 1998, pp. 430/431.

¹¹⁰ Concorde-se com o entendimento de Marina Velasco que diz ser racionais os critérios de Alexy, mas no sentido da racionalidade valorativa e não kantiana: “Talvez a crítica de Habermas não tenha sido bem

jurídicos como valores, bens ou comandos otimizáveis e por permitir no *discurso de aplicação* das normas o uso de inúmeros argumentos tais como os morais, éticos, econômicos e religiosos, além da conformação de interesses de variados grupos e segmentos sociais que deveriam se dar apenas no *discurso de justificação (ou fundamentação)* da criação da norma, o que acarreta problemas como a discricionariedade, o ativismo judicial e o utilitarismo, particularmente o político, diz ele:

Negar a diferença entre esses dois tipos de discurso destrói a base racional para uma separação funcional de Poderes justificada pelas diferentes possibilidades de acesso a certos tipos de razão. As razões que os legisladores políticos utilizam, ou poderiam racionalmente utilizar, para justificar as normas adotadas, não estão à disposição do Judiciário ou da Administração quando eles aplicam ou implementam essas normas¹¹¹

O raciocínio de Habermas sobre a diferença de discursos é lógico e coerente com o que se defendeu até aqui, ou seja, não é permitido, salvo raríssimas exceções, ao Poder Judiciário relativizar uma regra constitucional originária cujas razões para estabelecê-la devem ser respeitadas e não sopesadas novamente.

É corrente ver nas decisões judiciais¹¹² o apelo ao princípio da proporcionalidade como forma de conferir racionalidade a uma decisão que se afasta do regramento legal sem que se faça a aplicação do método a ele relacionado, citam-se as expressões “*princípio da proporcionalidade*”, “*princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*” e conclui-se pelo afastamento da regra. 113.

Diogo Rudge Malan, ao analisar a decisão que julgou o inquérito nº 2.424-

formulada. A meu ver, da perspectiva deontológica de Habermas, o problema não consiste na irracionalidade da ponderação de Alexy. Os padrões fornecidos por Alexy são racionais. O problema é que esses padrões são racionais no sentido da racionalidade teleológica e não no sentido da razão prática kantiana. E a aplicação do princípio da proporcionalidade não garante a imparcialidade das decisões. Não se vê, pois, como ele possa satisfazer a pretensão de correção em sentido forte (ou seja, moral) que, para Alexy, todo enunciado jurídico levanta”. VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a razão prática kantiana. In SIEBENEICHER, Flávio Beno (org.), Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006, pp. 33-34.

¹¹¹ No cenário infraconstitucional ou até mesmo das emendas constitucionais brasileiras, a nossa realidade não permite endossar a tese habermasiana. Circunstâncias histórico-culturais conferem à atividade legislativa pouca precisão e tecnicidade, sem falar no patrocínio de interesses pouco democráticos, com isso a adoção da tese entre nós não é sustentável, de toda sorte serve de alerta para o fato de que o simples apelo ao juízo da proporcionalidade não confere legitimidade a uma decisão.

¹¹² STF HC 76.060-4, ADI 1407-2, ADI 855-2 e RE 413.782-8. STJ HC 3982/95 e ROMS 6129/95.

¹¹³ Nessa acepção que reduz a sua fundamentação ele é compreendido como princípio geral de Direito. MENDES, Gilmar, Curso de Direito Constitucional, p. 408.

RJ e afastou a preliminar de ilicitude probatória, faz dura crítica à utilização da proporcionalidade no discurso judiciário para afastar garantias processuais penais do acusado. Afirma de duvidosa consistência jurídica a utilização de chavões polivalentes como “*não há direitos absolutos*”, “*o interesse público prevalece sobre o particular*” e “*proporcionalidade pro societate*” para tornar implicitamente comprovado justamente o que a decisão deveria explicitar casuisticamente: “*a existência de uma colisão entre princípios (e não entre regras!)*”. E ressalta a aplicação questionável da teoria de Robert Alexy acerca dos direitos fundamentais quanto ao emprego da técnica da ponderação, técnica essa adequada para norma com natureza jurídica de “princípio” e não de “regra”. Regra, por ser norma de caráter descritivo contendo uma determinação específica, deve ser cumprida integralmente¹¹⁴.

A confusão é agravada pela falta de consenso quanto à espécie normativa atribuída à proporcionalidade, trata-se de uma regra, de um postulado ou de um princípio? E, ainda, há identidade semântica entre os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade ou seriam eles diferentes?

Os esclarecimentos necessários serão feitos para dar alguma coerência a essa celeuma de concepções e usos que, como se verá, tem consequências práticas e levam à conclusão de que o exame de proporcionalidade não é adequado para a solução de um conflito entre normas constitucionais distintas, especialmente aquele que envolve a regra (completa!) de inadmissibilidade de provas ilícitas.

1.3.2.1 Proporcionalidade como regra, princípio ou postulado?

Preliminarmente, considerando que esse estudo tomou por parâmetro a teoria dos princípios é preciso esclarecer que, segundo essa teoria, é incorreto usar a expressão *princípio* da proporcionalidade, isso porque ele não se choca com outras normas-princípio, aplica-se sempre da mesma maneira, sem variações, e o modelo de aplicação é o de subsunção, próprio das regras.

Nesse sentido, Robert Alexy explicitamente o tratou como regra¹¹⁵,

¹¹⁴ Gravações ambientais domiciliares no Processo Penal, *in* Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado. 2 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012, p. 335/345.

¹¹⁵ A máxima da proporcionalidade é com frequência denominada “princípio da proporcionalidade”. Nesse caso, no entanto, não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas

Humberto Ávila utiliza o termo *dever ou postulado (metanorma)* de proporcionalidade¹¹⁶, Luís Virgílio Afonso da Silva fala em regra de proporcionalidade¹¹⁷ e Leonardo de Araújo Ferraz¹¹⁸, fala em princípio, mas esclarece que ele é um método objetivo de interpretação, um instrumento, sem conteúdo material e sem status de norma jurídica, afastando, com isso, o entendimento do termo „princípio“ na acepção de Alexy.

No direito brasileiro a expressão princípio foi consagrada e diversos autores o entendem como norma fundamental do sistema vinculada, no caso, à garantia de respeito aos direitos fundamentais¹¹⁹ ou ao devido processo legal¹²⁰, é assim considerado um cânone interpretativo ou recurso hermenêutico, um parâmetro de valoração, um princípio geral de direito¹²¹.

O exame de proporcionalidade foi estruturado em três¹²² testes sequenciais e subsidiários: o de adequação, o de necessidade e o de proporcionalidade em sentido estrito. O teste de adequação pergunta se a regra restritiva fomenta, em qualquer medida, a realização de um interesse legítimo¹²³; o de necessidade compara a eficiência da promoção desse interesse com a restrição do interesse atingido, considerando necessária a regra que promova com a maior eficiência um interesse, restringindo na menor medida possível e mantendo o mínimo de realização do interesse oponente¹²⁴, por fim, o teste de proporcionalidade em

ou não, e sua não-satisfação tem como consequência uma ilegalidade. As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras. Teoria dos direitos fundamentais, nota de rodapé 84, p. 117.

¹¹⁶ Postulado é uma norma que estrutura a aplicação de outras normas. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 215: 151-179, jan/mar 1999, p. 169 e Teoria dos Princípios, 2011, pp. 173/186.

¹¹⁷ O proporcional e o razoável, p. 4.

¹¹⁸ Princípio da proporcionalidade – Uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jünger Habermas, Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Disponível em: <<http://www.jurisnet-rn.com.br>>. Acesso em 07 de julho de 2015.

¹²⁰ MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 408.

¹²¹ Gilmar Mendes afirma que entender o princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito decorrente do devido processo legal e, não ligado aos direitos fundamentais, reduz sua fundamentação. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 408.

¹²² Esse é o número defendido pela ampla maioria doutrinária. Contudo, há quem defenda a existência de dois, apenas os de adequação e necessidade, porque não admitem o sopesamento como forma de aplicação do direito (Böckenförd e Schlink) e, ainda, os que dizem ser quatro, os três clássicos acrescidos da análise da legitimidade dos fins que a medida visa atingir (Jeffrey Jowell), cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da, O proporcional e o razoável, p. 13.

¹²³ “A função da corte é simplesmente filtrar os casos nos quais os órgãos públicos restringem direitos em nome de um interesse público incapaz de justificar qualquer restrição”, cf. Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, p. 196.

¹²⁴ O órgão judicial só poderá revisar a medida adotada pelo Estado se a alternativa for igualmente eficiente, não importa se ela acarreta ou não uma restrição menor ao interesse afetado, cf. Humberto Ávila, Teoria dos Princípios, p. 158-160.

sentido estrito questiona se as vantagens da utilização da regra superam as desvantagens¹²⁵.

Basta isso para entender que numa análise clássica de sopesamento entre princípios, dizer que a aplicação proporcional dos valores contrapostos leva a esse ou àquele entendimento não é a mesma coisa que afastar um comando legal pelo princípio da proporcionalidade fazendo o mesmo e incauto raciocínio. Uma coisa é tratar o termo proporcionalidade como substantivo, outra, como princípio; nota-se que a nomenclatura adotada no Brasil realmente não colabora para o correto entendimento do termo como método, melhor seria adotar assim o conceito de regra de proporcionalidade na linha de Alexy¹²⁶ e alinhar sua interpretação como decorrência dos direitos fundamentais.

A compreensão do princípio da proporcionalidade como „princípio geral de Direito“ tem contribuído para a confusão generalizada apontada por Virgílio¹²⁷, por Humberto Ávila¹²⁸ e, também, para a frustração constitucional apontada por Luís Roberto Barroso¹²⁹, isso porque como afirma Gilmar Mendes essa compreensão reduz a fundamentação do princípio¹³⁰, já que nesse caso não há método algum a ser empregado.

1.3.2.2 A distinção dogmática entre proporcionalidade e razoabilidade

Há muita controvérsia sobre a distinção dos conceitos de proporcionalidade e razoabilidade, se são ou não equivalentes e se há, de fato, alguma importância prática nessa discussão¹³¹, para o objeto desse trabalho a conclusão, como se verá, é que não se trata de retórica vazia.

O constitucionalista Luís Roberto Barroso em artigo específico sobre o tema afirma que *“é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na*

¹²⁵Luís Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, p. 175 e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, p. 174 que pergunta: “As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?”

¹²⁶O conceito de regra é adotado por Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, nota de rodapé 84, p. 117) e, entre nós, por Luís Virgílio Afonso da Silva (*O proporcional e o razoável*, p. 4).

¹²⁷O proporcional e o razoável.

¹²⁸Teoria dos princípios.

¹²⁹A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 2013: 149-163, jul./set. 1998.

¹³⁰MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*, p. 400/409.

¹³¹“... não está claro se o dissenso terminológico tem implicações hermenêutico-constitucionais relevantes”. STEINMETZ, 2005, p. 12.

jurisprudência constitucional brasileira” 132 . Em outro trabalho, Barroso admite que a origem e o desenvolvimento dos conceitos é diverso, mas explica que para ele são próximos o suficiente para serem intercambiáveis na medida em que abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição a atos arbitrários ou caprichosos¹³³.

Suzana de Toledo Barros, na mesma linha, diz que “*O princípio da proporcionalidade, [...] como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos*” 134 e, Paulo Armínio Tavares Buechele, entende que o princípio da proporcionalidade, denominado nos Estados Unidos como princípio da razoabilidade, foi fruto da grande liberdade de criação do Direito que o sistema dali confere aos seus juízes¹³⁵.

Ocorre que a estrutura de ambos é distinta, bem como suas origens e, por conseguinte, distinta também são as hipóteses de aplicação.

Começemos pelas hipóteses de aplicação, o juízo que se faz quando se tem uma incompatibilidade notória entre uma regra geral e um caso concreto excepcional, como no *habeas corpus* em que se pediu a soltura do Presidente de Assembleia Legislativa de Rondônia com base na falta de autorização da casa, em que 23 dos 24 Deputados estavam envolvidos num esquema de corrupção do qual o impetrante também participava¹³⁶, é o mesmo que se faz quando dois princípios são igualmente aplicáveis, mas um se sobrepõe ao outro, como no caso de pesquisas com células-tronco embrionárias¹³⁷?

Se os conceitos são idênticos e as aplicações também, é possível dizer que a conclusão pela proibição de realizar pesquisas com células-tronco embrionárias é absurda, inaceitável, irrazoável? E, no caso do Presidente da Assembleia Legislativa, a solução pelo afastamento da regra do art. 53, § 2º, da CF, negando o HC, é proporcional?

Em outras palavras é o que diz Virgílio quando afasta a ideia de que “*é proporcional aquilo que não extrapola os limites da razoabilidade*”, para ele a regra da proporcionalidade:

¹³²Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional, p. 69.

¹³³BARROSO, Luís Roberto Barroso; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 232, 141-176, Abril/junho, 2003, p. 165.

¹³⁴O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 57.

¹³⁵O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição, p. 137.

¹³⁶STF, HC 89.417/RO.

¹³⁷STF, ADI 3510.

não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com sub-elementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade.¹³⁸

Os conceitos de razoabilidade e de proporcionalidade não se identificam, a razoabilidade adequa-se melhor ao de um princípio geral do direito, entendido como norma de reminiscência jusnaturalista cuja função é orientar a compreensão do ordenamento jurídico como um todo promovendo sua integração por meio da aplicação lógica das demais normas do sistema, constitui um *topoi* argumentativo que afasta uma determinada aplicação por inaceitável ou absurda; e a proporcionalidade ao de uma regra, conforme Alexy e Virgílio A. da Silva, que ou é cumprida ou não e que envolve a aplicação metódica de três exames sequenciais que, ao final, poderá afastar a aplicação de uma medida restritiva de direitos fundamentais que, nem sempre, será irrazoável¹³⁹.

Humberto Ávila defende a distinção entre os conceitos e diz que para exames de conteúdos diferentes deveriam ser adotados termos também diferentes: “*x para um exame multilateral que culmine na divisão ou proporção entre bens jurídicos exteriores; y para um exame lateral de equidade*”. A x deu o nome de exame de proporcionalidade e a y exame de razoabilidade¹⁴⁰.

Para esse o autor é o postulado da razoabilidade, e não o da proporcionalidade, que servirá como diretriz para relacionar a norma geral com a individualidade do caso concreto, porque ele determina que para a aplicação da regra as circunstâncias de fato devem estar dentro de uma normalidade. Ele distingue o postulado da proporcionalidade e o da razoabilidade afirmando que enquanto o primeiro analisa a relação de causalidade entre um meio (efeito de uma ação) e um fim (promoção de um estado de coisas), o segundo verifica a equivalência entre a dimensão da norma e a falta que ela visa punir¹⁴¹.

A origem da razoabilidade é inglesa, como explica Virgílio A. da Silva, foi

¹³⁸ O proporcional e o razoável, p. 8/10.

¹³⁹ Como no caso de se verificar uma medida mais eficiente e menos restritiva no exame de necessidade.

¹⁴⁰ Teoria dos princípios, p. 189.

¹⁴¹ Teoria dos Princípios, p. 164/190.

na decisão judicial proferida no caso *Wednesbury* em 1948 que ficaram assentadas as bases do chamado *teste Wednesbury*: “se uma decisão [...] é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a corte intervir”, sendo destinado assim a afastar atos absurdos e, talvez por isso, lá a expressão usada é princípio da irrazoabilidade, e não razoabilidade¹⁴².

Continuando na companhia de Vírgílio, pontua ele que só pelo advento do *Human Rights Act* de 1998 que a Inglaterra passou a interessar-se pela regra da proporcionalidade que surgira em 1971, discutindo-se hoje naquele país qual o papel que essa regra deve desempenhar ao lado do princípio da irrazoabilidade e, inclusive, se a proporcionalidade deve substituir a irrazoabilidade ¹⁴³.

A Suprema Corte inglesa no julgamento do caso *Keyu v. Foreign Secretary*¹⁴⁴, em 25 de novembro de 2015, foi instada a se manifestar sobre um argumento dos apelantes que era justamente substituir o teste tradicional *Wednesbury* pelo “mais estruturado e principiológico baseado na proporcionalidade”¹⁴⁵, e entendeu que pelo número de juízes, cinco e não nove, seria inapropriado decidir sobre uma questão com implicações profundas em termos constitucionais e com âmbito de aplicação tão amplo ¹⁴⁶, admitiu que a jurisprudência local já vem se afastando de certa forma do *irrationality test or Wednesbury unreasonableness* em alguns casos¹⁴⁷ e que a resposta sobre escolher entre proporcionalidade e, como dito entre nós, razoabilidade, pode depender da natureza da questão¹⁴⁸.

Dos cinco juízes, quatro (Lords Neuberger, Mance, Kerr e Hughes) concordaram que o caso não era apropriado para decidir sobre a questão que por sua complexidade exigiria uma ocasião especial para ser totalmente explorada, como decidir se

¹⁴² *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation* [1948], 1 KB 223, pp. 228-230, citado pelo autor em O proporcional e o razoável, p. 7.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 7, vide também o artigo de Paul Daly, *Wednesbury and proportionality – Where are we now*, disponível em <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2016/11/28/wednesbury-and-proportionality-where-are-we-now/>>. Acesso em 12 de março de 2019.

¹⁴⁴ *Keyu v. Foreign Secretary*, 3 WLR 1665, Disponível em <<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0203-judgment.pdf>>. Acesso em 12 de março de 2019.

¹⁴⁵ “The appellants raise the argument that the time has come to reconsider the basis on which the courts review decisions of the executive, and in particular that the traditional *Wednesbury* rationality basis for challenging executive decisions should be replaced by a more structured and principled challenge based on proportionality.”. *Ibidem*, p. 34, parágrafo 131.

¹⁴⁶ “... which potentially has implications which are profound in constitutional terms and very wide in applicable scope”. *Ibidem*, p. 35, parágrafo 132.

¹⁴⁷ “... the domestic law may already be moving away to some extent from the irrationality test in some cases”, *ibidem*, p. 35, parágrafo 133, e demonstrando o uso indiscriminado entre os termos *irrationality* and *unreasonableness*: “If not proportionality that must be *Wednesbury unreasonableness* or *irrationality*”, *ibidem*, p. 87. parágrafo 305.

¹⁴⁸ The answer to the question whether the court should approach a challenged decision by reference to proportionality rather than rationality may depend on the nature of the issue... *Ibidem*, p. 35, parágrafo 134.

razoabilidade e proporcionalidade são formas opostas e mutuamente excludentes ou se o debate sobre uma 'escolha' entre proporcionalidade e razoabilidade não é mais relevante¹⁴⁹. A dissidente Lady Hale pontuou, por outro lado, que o caso comportaria o teste de *Wednesbury*¹⁵⁰.

Se em 2015 a discussão ainda está nesse pé na Inglaterra, é notória a dificuldade inerente à distinção entre os conceitos, a importância dessa decisão que não deve ser banalizada, sobretudo num sistema fundado numa Constituição rígida como a nossa, bem como o intuito de eventual substituição da irrazoabilidade pela proporcionalidade na Inglaterra visar uma maior estruturação e transparência na aplicação.

O princípio da razoabilidade tem sido utilizado entre nós como um parâmetro de justiça para o:

*Controle de legitimidade das desigualdades entre pessoas, de vantagens concedidas a servidores públicos, de exigências desmesuradas formuladas pelo Poder Público ou de privilégios concedidos à Fazenda Pública*¹⁵¹.

Por sua vez, o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade deu-se na Alemanha¹⁵², inspirado por pensamentos jusnaturalistas e iluministas próprios do período do pós-guerra e recebeu no país o nome de “*princípio da proibição do excesso*” que pretendia salvaguardar os direitos fundamentais do arbítrio legalizado, direcionando-se às indevidas ingerências do Poder Público na órbita privada das pessoas, “*a velha ideia do século XIX de*

¹⁴⁹ “As in *Pham* so, probably, in the present appeal, it is not the occasion to review the authorities. Final conclusions on a number of interesting issues that arise in this area must await a case where they can be more fully explored. These include whether irrationality and proportionality are forms of review which are bluntly opposed to each other and mutually exclusive; whether intensity of review operates on a sliding scale, dependent on the nature of the decision under challenge and that, in consequence, the debate about a „choice“ between proportionality and rationality is no longer relevant; whether there is any place in modern administrative law for a „pure“ irrationality ground of review is one which poses the question, „could any reasonable decision-maker, acting reasonably, have reached this conclusion“; and whether proportionality provides a more structured and transparent means of review”, *ibidem*, p. 79, parágrafo 278.

¹⁵⁰ “In my view, the *Wednesbury* test does have some meaning in a case such as this.” *Ibidem*, p. 91, parágrafo 313.

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto Barroso; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 232, 141-176, Abril/junho, 2003, p. 173.

¹⁵² Em França, a superioridade da lei e a desconfiança dos juízes nutrida pela burguesia que via neles a ameaça de um retorno ao antigo regime que, até então, sustentava suas benesses, fez surgir no âmbito do Direito Administrativo, pela atuação do Conselho de Estado (*Conséil D'État*), órgão do Poder Executivo, um embrião de proporcionalidade ao possibilitar controlar o exercício desmesurado do poder discricionário, equilibrando o custo-benefício social das ações estatais, como no caso paradigmático “Benjamin”, com acórdão datado de 19 de maio de 1933, em que se decidiu que proibir reuniões em favor da ordem pública não era justificável, ainda que sem menção ao termo proporcionalidade. Contudo, foi na Alemanha que o princípio da proporcionalidade foi estruturado tal como hoje o conhecemos.

*proteção da liberdade pela lei tende a ser substituída pela necessidade de proteção das liberdades frente à lei*¹⁵³. Note que originalmente pretendia conter a discricionariedade estatal e não ampliá-la, o legislador deveria atuar dentro dos limites da “esfera de liberdade de conformação” (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*)¹⁵⁴.

Em 16 de março de 1971, em célebre acórdão sobre armazenagem de petróleo o Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) pronunciou-se sobre o princípio em comento, fixando suas linhas gerais:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse de maneira menos sensível o direito fundamental¹⁵⁵.

Hoje, o exame de proporcionalidade compreende três testes sequenciais e subsidiários: o de adequação, o de necessidade e o de proporcionalidade em sentido estrito. O teste de adequação pergunta se a regra restritiva fomenta, em qualquer medida, a realização de um interesse legítimo¹⁵⁶; o de necessidade compara a eficiência da promoção desse interesse com a restrição do interesse atingido, considerando necessária a regra que promova com a maior eficiência um interesse, restringindo na menor medida possível e mantendo o mínimo de realização do interesse oponente¹⁵⁷, por fim, o teste de proporcionalidade em sentido estrito questiona se as vantagens da utilização da regra superam as desvantagens¹⁵⁸.

Esse exame tem sido utilizado para o controle de constitucionalidade abstrato e concreto de leis ou atos administrativos que restringem direitos fundamentais¹⁵⁹.

¹⁵³ PENALVA apud BONAVIDES, 2006, p. 425.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar, Curso de Direito Constitucional, pp. 400/401.

¹⁵⁵ BVerfGE 30:292. Torquato, AVOLIO, Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 61.

¹⁵⁶ “A função da corte é simplesmente filtrar os casos nos quais os órgãos públicos restringem direitos em nome de um interesse público incapaz de justificar qualquer restrição”, cf. Julian Rivers, *Proportionality and Variable Intensity of Review*, p. 196.

¹⁵⁷ O órgão judicial só poderá revisar a medida adotada pelo Estado se a alternativa for igualmente eficiente, não importa se ela acarreta ou não uma restrição menor ao interesse afetado, cf. Humberto Ávila, Teoria dos Princípios, pp. 158/160.

¹⁵⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais, p. 175 e ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, p. 174 que pergunta: “As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?”

¹⁵⁹ MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional, 415/418.

Deve-se esclarecer ainda que o chamado teste de “proporcionalidade aproximada”¹⁶⁰ utilizado recentemente pela Suprema Corte dos Estados Unidos, ao contrário de reafirmar a igualdade entre os conceitos corrobora sua distinção, haja vista que a corte norte-americana o utiliza para casos pontuais envolvendo o direito de propriedade e o planejamento urbano e, desde que não sejam baseados em decisões legislativas¹⁶¹, vale dizer, a „proporcionalidade não aproximada“ e que valeria para a grande maioria dos casos é de veras distinta da razoabilidade, critério adotado por aquele país.

Corrobora, por fim, essa distinção quando se compara o devido processo legal substancial e a razoabilidade.

Conforme ensina Luís Roberto Barroso, a exigência de razoabilidade sob a ótica substancial do devido processo legal corresponde à compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados (compatibilidade interna), bem como a aferição da legitimidade dos fins (razoabilidade externa)¹⁶², por sua vez, comparando essa exigência com os três exames requeridos pela regra da proporcionalidade vemos que ela guarda estreita semelhança com o exame de adequação que analisa se a regra restritiva fomenta, em qualquer medida, a realização de um interesse legítimo; não há, portanto e novamente, identidade entre os conceitos quando se tem ainda dois outros exames a serem feitos pela regra da proporcionalidade.

A distinção histórica entre os conceitos está ligada, inclusive, a diferenças dos próprios sistemas em que criados, o da irrazoabilidade tem origem na *common law*, onde a tradição é justamente o de se criar normas gerais deduzidas dos casos concretos, sendo natural portanto uma maior liberdade dos juízes no trato do Direito, por sua vez, o de proporcionalidade foi estruturado no sistema *civil law* em que, como cediço, essa liberdade é mais restrita, a própria regra da proporcionalidade reflete uma preocupação em conter a liberdade legislativa.

Nesse sentido, clara a lição do Professor da Universidade de Munique, Dr. Heinrich Sholler, em artigo traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet:

¹⁶⁰“In deciding the second question - whether the city's findings are constitutionally sufficient to justify the conditions imposed on Dolan's permit the necessary connection required by the Fifth Amendment is "rough proportionality." No precise mathematical calculation is required, but the city must make some sort of individualized determination that the required dedication is related both in nature and extent to the proposed development's impact. This is essentially the "reasonable relationship" test adopted by the majority of the state courts. *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374 (1994). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/374/>>. Acesso em 1º de março de 2019, pp. 388/391.

¹⁶¹SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, p. 8.

¹⁶²Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional, p. 66.

Na literatura angloamericana sustenta-se que o princípio da proporcionalidade, no direito alemão e continental em geral, acabou por assumir a função da doutrina do "*Rule of Law*". Isto não deixa de ser correto, mas não se pode olvidar que o princípio da proporcionalidade foi desenvolvido a partir do princípio do Estado de Direito e da vinculação das leis e do próprio legislador aos direitos fundamentais. A doutrina do "*Rule of Law*", por sua vez, pode ser reconduzida ao "*case law*" e ao direito judicial no âmbito da "*common law*", ao passo que o princípio da proporcionalidade encontra sua vertente no direito constitucional e legal escrito, típico do sistema do "*civil law*", o que não significa que a jurisprudência (já na época do Tribunal Superior Administrativo da Prússia) não tenha exercido expressiva influência no desenvolvimento do conteúdo e aplicação prática do princípio. No âmbito do sistema da "*common law*" (especialmente no direito inglês), a própria ideia da vinculação do legislador a uma Constituição escrita não poderia vingar, na medida em que o sistema se baseia na ideia da supremacia do Parlamento, razão pela qual também não se poderá cogitar da vinculação do legislador ao princípio da proporcionalidade¹⁶³.

Não bastasse, ao incorporar em nosso sistema conceitos de outros países dever-se-ia fazer considerações e adaptações levando-se em conta a própria língua local, ora razoável é qualidade atribuída ao que é sensato, racional, logicamente plausível, afasta com isso o que insensato, irracional e inaceitável, situações verificáveis de pronto e de indiscutível aceitação social; o de proporcionalidade nos remete à imagem de uma balança, à ideia de equilíbrio, de ajuste e de harmonia, aqui há margem para subjetividade, o que justifica a criação de um método com critérios objetivos para contê-la.

Por conseguinte, conclui-se que os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade não só possuem origem e estrutura distintas, como são aplicáveis em hipóteses também distintas, o tratamento que confere identidade a ambos tem alimentado a confusão generalizada no tratamento da matéria e banalizado o chamado princípio da proporcionalidade, o que pode ser combatido pelo cultivo dogmático dos termos que, ao contrário de ser uma discussão vazia de nomenclatura, pode contribuir para dar força normativa à Constituição e máxima efetividade às normas constitucionais.

1.3.2.3 Exame de proporcionalidade

Desenhando as linhas gerais do citado princípio no Brasil, Antonio Scarance

¹⁶³ O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Disponível em: http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext_dll/infobase/459ac/45a1e/462fd?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0. Acesso em 10/08/2016.

Fernandes afirma que o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal e reafirma o Estado de Direito¹⁶⁴. Gilmar Ferreira Mendes¹⁶⁵ e Luís Roberto Barroso¹⁶⁶, enquadram-no na cláusula ampla do devido processo legal e Suzana De Toledo Barros¹⁶⁷ afirma que o princípio deriva da força normativa dos direitos fundamentais e de seus mecanismos de proteção, tratando-se de uma “garantia especial” que exige que uma intervenção na esfera dos direitos fundamentais só ocorra “por necessidade, de forma adequada e na justa medida”.

Na linha de Alexy, a regra da proporcionalidade decorre da própria natureza das normas de direitos fundamentais estruturadas como princípios, porque sendo eles mandamentos de otimização que consideram as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto que, inclusive, se dá com base no âmbito de realização dos princípios colidentes, é inerente à estrutura deles a ideia de sopesamento ou ponderação, daí porque as subregras da necessidade e adequação voltam-se à análise das possibilidades fáticas e a da proporcionalidade em sentido estrito, às possibilidades jurídicas. São como faces da mesma moeda.

Gilmar Mendes aborda bem o tema ao dizer que o fundamento do princípio da proporcionalidade é apreendido de diversas formas: vozes eminentes como a de Alexy sustentam que sua base está nos direitos fundamentais; Manunz e Durig o entendem como expressão do Estado de Direito desenvolvido a partir do Poder de Polícia do Estado; Hochhuth defende que o postulado teria raiz no direito suprapositivo; Schlink esclarece que a alocação do princípio interfere nos resultados, se compreendido no âmbito dos direitos fundamentais será aplicado na relação entre cidadão e Estado e entre os conflitos entre os entes privados que ao Estado incumbe resolver, por sua vez, se o fundamento for o Estado de Direito sua projeção abrangeria também as relações entre os poderes que, para ele, decorrem do princípio federativo e, nessa acepção, a aplicação do princípio da proporcionalidade não se

¹⁶⁴FERNANDES, Antônio Scarance, *Processo Penal Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 91/94.

¹⁶⁵ Ele escreve sobre o princípio da proporcionalidade no Capítulo intitulado “Teoria Geral dos Direitos Fundamentais”, no tópico de nome “Limitações dos Direitos Fundamentais”, mas afirma que até a Constituição de 1988 entendia-se que o fundamento do princípio da proporcionalidade situava-se no âmbito dos direitos fundamentais e que, em 1993, o STF ao julgar a ADI 855, entendeu que a desproporcionalidade da lei foi considerada sob a ótica do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). Contudo, enfatiza, que esse entendimento reduz a fundamentação do princípio da proporcionalidade, já que o compreende como princípio geral de direito. *Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*, 5. Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 400/409.

¹⁶⁶BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 220.

¹⁶⁷BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 89.

daria com fundamento nos direitos fundamentais ou no Estado de Direito, mas como postulado geral de Direito¹⁶⁸.

De todas as acepções, a única capaz de dar coerência à origem da proporcionalidade, à sua estrutura e às hipóteses de aplicação, bem como controlar a discricionariedade judicial no manejo de regras oriundas do poder competente é aquela que compreende regra decorrente da natureza principiológica dos direitos fundamentais que, como já dito, nada tem a ver com o entendimento corrente de que todas as normas de direitos fundamentais devem ser consideradas como princípios.

E, sendo assim, sua aplicação, tal qual foi criada pela doutrina e jurisprudência alemã, como método de três fases sequenciais e dependentes para solucionar questões de ordem constitucional¹⁶⁹, só deve ser feita sobre normas de direitos fundamentais, mais uma vez, estruturadas como princípios.

A grande questão está nesse ponto hierárquico das normas¹⁷⁰, costuma-se utilizar a proporcionalidade para justificar o afastamento de uma regra constitucional, o que é absolutamente inadequado, o método foi criado para solucionar colisões entre normas com estrutura de princípios constitucionais em face da adoção de medidas legislativas e, *entre um princípio constitucional e uma regra legal restritiva*, isso porque uma regra legal necessariamente deve estar fundamentada num princípio constitucional¹⁷¹. Não se aplica esse exame a regras constitucionais completas.

Como exemplo prático do que se acaba de dizer, colacionam-se dois julgados do Tribunal Constitucional Federal Alemão. O primeiro, de 15/12/1965, conhecido como caso *Wencker*¹⁷², julgou inconstitucional a interpretação dada pelos tribunais inferiores do § 112 IV StPO (CPP alemão) por desproporcionalidade entre o propósito da regra, que tratava da prisão preventiva em casos de homicídio qualificado, e o direito fundamental da

¹⁶⁸Curso de Direito Constitucional, pp. 401/402.

¹⁶⁹Todas as análises de Alexy na obra Teoria dos Direitos Fundamentais deitaram-se sobre a Constituição alemã.

¹⁷⁰Assim que, como é da sua natureza, princípios constitucionais entrarão em colisão e o método de solução é o sopesamento, se o caso requerer a análise de medidas legislativas ou administrativas que restrinjam direitos fundamentais, o método é o da regra de proporcionalidade; regras constitucionais originárias não entram em conflito, o que é possível entre regras constitucionais originárias e derivadas e, nesse caso, a solução deve-se dar com a invalidade ou a introdução de uma cláusula de exceção em uma delas; entre um princípio constitucional e uma regra legal restritiva, normalmente prevalece o princípio, mas poderá haver, como dito, o sopesamento entre o princípio constitucional e aquele que subjaz a regra legal e, finalmente, entre uma regra constitucional e um princípio legal, o método é o de restrição, salvo casos de impossibilidade fática ou jurídica de aplicação da regra.

¹⁷¹É preciso lembrar que a teoria foi criada para salvaguardar os direitos fundamentais, intimamente ligados ao Constitucionalismo.

¹⁷²BverfGE 19, 342.

liberdade pessoal previsto no art. 2 II da *Grundgesetz* (Constituição)¹⁷³. No segundo, caso *Lauschangriff*¹⁷⁴, julgado em 03/03/2004, o BverfGE debruçou-se sobre duas Reclamações Constitucionais movidas contra normas do StPO e da Emenda Constitucional que deu nova redação ao artigo 13 III GG em 26 de março de 1998; no mérito, julgou improcedente a alegação de inconstitucionalidade da emenda, que criou os limites ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, mas procedente a inconstitucionalidade arguida de parte dos dispositivos do código processual por não satisfazerem “totalmente as exigências constitucionais em relação à proteção da dignidade humana (art. 1 I GG), o princípio da proporcionalidade abrangido pelo princípio do Estado de direito”¹⁷⁵, dentre outras.

Esse raciocínio aliado ao que distingue razoabilidade de proporcionalidade constitui o eixo teórico desse trabalho que pretende demonstrar a inadequação do uso da teoria da proporcionalidade para relativizar a regra da inadmissibilidade de provas ilícitas num caso concreto, a fim de admiti-las no processo.

Se a medida legislativa ou administrativa submetida ao exame de proporcionalidade for considerada adequada, necessária e proporcional em sentido estrito está imune à revisão judicial, ainda que haja uma medida alternativa que, no entendimento do julgador, solucione melhor o caso concreto ou harmonize melhor os princípios em jogo¹⁷⁶.

O teste que mais causa polêmica é o de proporcionalidade em sentido estrito, que analisa as possibilidades jurídicas, isso porque é altamente subjetivo¹⁷⁷, o que será considerado vantagem ou desvantagem dependerá da visão do julgador. Nessa fase, comparar-se-á o grau de satisfação com o grau de restrição dos direitos fundamentais que colidem com a norma. Contudo, ao contrário do que se dá no exame de necessidade, onde a comparação é feita com inúmeras medidas, o exame de proporcionalidade em sentido estrito confrontará apenas uma delas, aquela adotada pelo Estado, todas as demais consideradas melhores são irrelevantes, é preciso deixar claro que não se trata de um exame comparativo, mas assertivo:

¹⁷³ Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Traduzido por Beatriz Hennig et al. Montevidéu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005, p. 309/314.

¹⁷⁴ BverfGE 109, 279.

¹⁷⁵ Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Traduzido por Beatriz Hennig et al. Montevidéu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005, p. 688/718.

¹⁷⁶ Não cabe ao aplicador “substituir pura e simplesmente a ponderação legislativa pela sua”. ÁVILA, Teoria dos princípios, p.119.

¹⁷⁷ Há quem defenda a supressão do exame de proporcionalidade em sentido estrito, afirmando que a solução deve ser dada pelos testes de adequação e de necessidade, cf. Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis, Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 229-230 e, outros, que defendem uma quarta etapa para verificar se os fins promovidos pela regra são legítimos, cf. Alan Brady, A Structural, Institutionally Sensitive Model Of Proportionality and Deference under the Human Rights Act 1998, p. 48.

a medida adotada pela regra justifica a restrição oposta aos demais direitos fundamentais aplicáveis?

Destaca-se aqui que o exame de proporcionalidade só é aplicável quando a análise envolver uma regra legal ou administrativa que tenha optado por uma medida restritiva, se não houver uma medida escolhida pelo legislador (ou administrador no exercício dessa função) *prima facie*, sobre a qual recairá a análise do grau de promoção do fim e da restrição aos direitos fundamentais, o que se têm é apenas o sopesamento clássico de princípios, não há que se falar em exame ou princípio de proporcionalidade, é preciso dissociar o princípio da proporcionalidade do sopesamento puro e simples.

O método do sopesamento, próprio da lei da colisão¹⁷⁸, resolve colisões entre princípios quando num caso concreto não há medidas legislativas a serem examinadas; no exame de proporcionalidade, o sopesamento só é aplicado no terceiro teste, o de proporcionalidade em sentido estrito, já que nas fases anteriores o que está sendo analisado são as medidas aplicáveis (a adotada pelo Poder Legislativo ou Executivo e as demais), as possibilidades fáticas existentes para fomentar os princípios envolvidos.

Por conseguinte, em outras palavras é o que diz Rafael Scavone, para quem o exame de proporcionalidade tem por função possibilitar ao Poder Judiciário o controle de decisões tomadas por outros órgãos públicos:

[...] enquanto o sopesamento de princípios deve ser utilizado para fundamentar a escolha pela medida que promove o maior grau possível de realização dos princípios colidentes em face das circunstâncias do caso concreto, o exame de proporcionalidade deve ser utilizado para fundamentar o controle judicial de uma medida já adotada previamente por um órgão normativo, que deve ser revista apenas se for considerada desproporcional e não quando não corresponder àquela que, no entendimento do órgão julgador, seria a melhor solução para um determinado conflito de princípios¹⁷⁹.

Nesse mesmo sentido, Alexander Aleinikoff, ainda em 1987, já alertava para a inconveniência de submeter temas constitucionais à ponderação, já que por seu caráter fundamental não deveriam estar sujeitos a avaliações tão subjetivas quanto às que ocorrem em

¹⁷⁸Teoria dos direitos fundamentais, p. 94/99.

¹⁷⁹Ibidem, p. 95.

processos dessa natureza¹⁸⁰.

Considerando que ao órgão competente para a elaboração da regra constitucional originária é garantida a prerrogativa de definir o patamar de realização e de restrição dos princípios envolvidos na regulamentação da matéria, conclui-se que não compete ao Judiciário realizar o sopesamento destes novamente a fim de dar solução diversa àquela apontada pela regra de inadmissibilidade das provas ilícitas no processo.

Da exposição nota-se que a estrutura do exame de proporcionalidade quando bem entendida e aplicada impede que o juiz revise uma regra constitucional adotando uma alternativa que lhe pareça solucionar melhor o caso concreto, isso em prol da segurança jurídica e do equilíbrio político do poder, já que a teoria dos princípios foi criada visando o estabelecimento de critérios racionais para limitar a discricionariedade que, é preciso reconhecer, pode ser tanto bem quanto mal intencionada e, em se tratando de direitos fundamentais, sua proteção é sempre necessária, já que, “*com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade*”¹⁸¹.

Concluindo, o exame de proporcionalidade deve ser aplicado apenas para solucionar conflitos entre normas estruturadas como princípios frente a medidas legislativas ou administrativas restritivas de direitos fundamentais e, entre um princípio constitucional e uma regra legal, vale dizer, sua utilização é inadequada para qualquer análise que envolva uma regra constitucional originária e completa, como é o caso daquela estampada no art. 5º, LVI, da CF.

1.3.2.4 Proibição de insuficiência

Por fim, é preciso pontuar que a doutrina e a jurisprudência têm desenvolvido a distinção entre duas acepções do princípio da proporcionalidade, aquela que o lê como proibição de excesso e aquela que o faz como proibição de insuficiência.

No âmbito do processo penal é hialina a vinculação entre a função defensiva dos direitos fundamentais (proibição de intervenção) e a função de tutela (dever de proteção) desses mesmos direitos. O Estado, no desempenho de suas atividades penais pode afetar desproporcionalmente um direito fundamental do acusado, cabendo aos órgãos estatais de

¹⁸⁰ *Constitutional law in the age of balancing*, Yale Law Journal 96, p. 943.

¹⁸¹ ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 522.

controle aplicar o princípio da proporcionalidade como limite a essas intervenções de forma a conter excessos; por outro lado, nesse mesmo exercício, poderá deixar de atuar de modo suficiente – *Untermassverbot* – na defesa dos direitos fundamentais, estando ligada assim a vertente de proibição de insuficiência a uma omissão estatal, ainda que parcial.

Foi em 1993, por ora da decisão BverfGE 88/203 (254) sobre o aborto que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha¹⁸², com base no desenvolvimento teórico de Claus-Wilhelm Canaris e Josef Isensee, considerou que o legislador encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência, de modo que os níveis de proteção aplicados pelas medidas estabelecidas deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo de proteção ao bem jurídico constitucionalmente previsto, no caso, o direito à vida.¹⁸³

A proibição de insuficiência é melhor compreendida quando há uma regra anterior de proteção e uma exceção a ela relacionada, caso essa exceção não estabeleça uma situação de proteção suficiente do direito fundamental objeto da regra geral ela será inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade, é o caso da continuidade delitiva aplicada para reduzir a pena de crimes extremamente graves, que levou, por exemplo, a edição da Súmula 605 do STF, afastando a aplicação nos casos de crimes contra a vida.

A atuação do Estado no que diz com o seu dever de proteção, especialmente pelo Poder Judiciário, ao fazer uso do princípio da proporcionalidade em sua acepção de proibição de insuficiência nos casos concretos, deve atender aos seguintes critérios segundo a lição de Canaris:

- a) a incidência da hipótese normativa de um direito fundamental, o que resta afastado quando se pode partir do pressuposto que determinadas hipóteses estão desde logo excluídas do âmbito de aplicação de determinada norma jusfundamental;
- b) necessidade de proteção e de seus indicadores: ilicitude da conduta, efetiva ameaça ao bem fundamental e dependência (no sentido próximo de uma suscetibilidade) do titular do direito fundamental ameaçado em relação ao comportamento de terceiros¹⁸⁴.

¹⁸² Pronunciando-se assim: “O Estado deve adotar medidas normativas e fáticas suficientes para cumprir seu dever de tutela, que levem – considerando os bens conflitantes – ao alcance de uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência). Para tanto, é necessário um projeto de proteção que combine elementos de proteção preventiva e repressiva”. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Organização e introdução: Leonardo Martins, Mastergraf: Uruguai, 2005, p. 276.

¹⁸³ SARLET, Ingo, *ibidem*, p. 98/99.

¹⁸⁴ Apud SARLET, Ingo, *ibidem*, p. 94/95.

Como se viu, Canaris já vislumbrava que determinadas hipóteses estão fora do âmbito de proteção da norma de direito fundamental, é o caso da eficácia da persecução criminal afastada pela regra de inadmissibilidade de provas ilícitas que veda *prima facie* qualquer hipótese de aproveitamento de uma prova obtida ilicitamente; não bastasse, o exame de proporcionalidade na acepção de proteção insuficiente também incidiria sobre uma regra restritiva, nunca sobre o art. 5º, LVI da CF, que é a regra geral. Alexy também aponta que “*os direitos fundamentais excluem alguns conteúdos como constitucionalmente impossíveis e exigem alguns conteúdos como constitucionalmente necessários*”¹⁸⁵.

Nesse sentido, o julgamento da ADI 3510, em que o Supremo Tribunal Federal, em que o Min. Gilmar Mendes ao analisar o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, entendeu que “*a lei brasileira é deficiente no tratamento normativo das pesquisas com células tronco e, portanto, não está em consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot)*”.¹⁸⁶

Além disso, vale trazer à colação as palavras de Bernhard Schlink¹⁸⁷ para quem:

“a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (untermässig), porque „ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz”, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (unverhältnismässig im engeren Sinn)”.

Concluindo, tanto a acepção de proibição de excesso, quanto a de proibição de insuficiência, devem incidir sobre a medida legislativa ou administrativa que atinja um direito fundamental, seja para conter abusos, seja para proteger-lhe devidamente. Afasta-se, mesmo sob a ótica da proibição de insuficiência, a aplicação do princípio da proporcionalidade sobre a garantia individual estampada no art. 5º, LVI, da Constituição Federal para afastá-la.

Por outro lado, o raciocínio seria útil para reconhecer a inconstitucionalidade de um projeto de lei que estatuísse uma regra permitindo o aproveitamento de uma prova obtida ilicitamente quando, por exemplo, evidenciada boa-fé do

¹⁸⁵Teoria dos direitos fundamentais, p. 543.

¹⁸⁶ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, Dje-096, com acórdão publicado em 28/05/2010.

¹⁸⁷Citado por MENDES, Gilmar. Curso de Direito Constitucional, p. 412, para sintetizar sua posição sobre o assunto.

agente policial, por entender que a introdução dessa exceção no ordenamento esvaziaria a garantia constitucional.

1.3.3 Juízo de razoabilidade complementado

No geral, regras devem ser cumpridas nos exatos termos prescritos, salvo quando houver uma impossibilidade fática ou jurídica para sua aplicação.

Como a única possibilidade de afastar a incidência de uma regra completa é a impossibilidade (fática ou jurídica) de sua aplicação, o juízo a ser feito é mais simples, quase que verificável de pronto, e comporta demonstrar a incompatibilidade da regra geral com um caso verdadeiramente extraordinário. É lógico que nesse processo haverá ponderação, mas não entre interesses extraídos de princípios contrapostos sobre os quais nenhum juízo de preponderância foi feito previamente, mas entre a finalidade da regra, que já decidiu a favor de um interesse ou valor em oposição a tantos outros, com os fatos - impossibilidade fática - ou com a finalidade de outro(s) princípio(s) constitucional(is) – impossibilidade jurídica - num processo argumentativo próprio alinhado com os direitos fundamentais, num juízo que mais se aproxima ao da razoabilidade do que ao de proporcionalidade propriamente dito.

Se os fatos, já numa primeira análise, apontarem para o absurdo da incidência da regra a impossibilidade é fática, o juízo de razoabilidade simples e o processo argumentativo restringir-se-a à demonstração de que a aplicação da regra violará o próprio fim que ela busca alcançar, resultando numa aplicação indiscutivelmente inaceitável.

A impossibilidade fática confere racionalidade a uma decisão para admitir a prova ilícita num caso em que policiais ligados a uma organização criminosa produzissem intencionalmente uma prova ilícita para que a investigação “azedasse” e eles e seus comparsas saíssem ilesos. Há nesse caso uma clara incompatibilidade da finalidade da norma com a hipótese concreta, a admissão da prova nesse cenário ao contrário de fomentar a violação de direitos fundamentais na obtenção de provas, prevenirá que isso aconteça, a bem da segurança jurídica.

Outro exemplo de impossibilidade fática de aplicação da regra do art. 5º, LVI, seria o caso, hoje previsto no Código de Processo Penal italiano 188 e, desde 1989,

¹⁸⁸Art. 191, 2(bis), com redação dada pela Lei nº 110, de 14 de julho de 2017: “2-bis. Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le

vigente entre nós pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura ¹⁸⁹, de utilização da evidência ilícita para provar a prática de tortura em ação penal promovida contra os torturadores.

O mesmo acontece com a admissão das provas ilícitas em benefício da defesa, uma norma de direito fundamental não pode servir como argumento que prejudique outro direito fundamental de quem visa proteger.

Ultrapassada a barreira da impossibilidade fática, como visto de ocorrência esporádica, é possível que o caso concreto apresente uma impossibilidade jurídica que pode decorrer de um princípio constitucional, quando isso acontece o juiz poderá estabelecer uma cláusula de exceção para afastar a incidência da regra no caso concreto, mediante a aplicação do método de razoabilidade complementado, consistente na ponderação da finalidade da regra com a(s) do(s) princípio(s) oponente(s), seguindo um método de ponderação próprio, acrescido da análise da possível reprodução coletiva do comportamento.

Quando a impossibilidade for jurídica e decorrer de um princípio oponente a solução será dada *prima facie* pela regra. Tanto o critério de impossibilidade, que remete a algo absolutamente inapropriado, como a primazia da regra, diferenciam esse processo argumentativo daquele realizado pelo exame de proporcionalidade. A superação da regra pelo(s) princípio(princípios) só será possível se ele(s) estabelecer(em) uma razão contrária e extremamente mais forte do que àquela que sustenta a própria regra. Nesse processo argumentativo, deve-se superar vários ônus decorrentes da fundamentalidade formal e substancial da norma de direito fundamental no sistema jurídico, quais sejam, a vinculação à Constituição (princípio formal), os precedentes existentes da Suprema Corte Constitucional e, no sopesamento entre princípios propriamente dito, a precedência *prima facie* dos princípios da liberdade e da igualdade jurídicas. Por fim, deve-se demonstrar, também, que a casuística não gerará impacto na justiça coletiva repercutindo em processos correntes.

A impossibilidade jurídica, por compreender em certa medida a ponderação de valores pode ser mal compreendida como a mesma coisa que o exame de proporcionalidade, não é o caso. Trata-se da parte mais sensível do juízo de razoabilidade complementado para o que se chama a atenção do leitor.

persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilita penale”.

¹⁸⁹Promulgada pelo Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989, art. 10: Nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá se admitida como prova num processo, salvo em processo instaurado conta a pessoa ou pessoas acusadas de havê-la obtido mediante atos de tortura unicamente como prova de que, por esse meio, o acusado obteve tal declaração.

Sobre a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, Alexy explica que o discurso é estruturado sobre uma base que lhe confere racionalidade, essa base é estruturada em três partes ou critérios que “*constituem uma clara linha decrescente de força dotada de autoridade*”¹⁹⁰: vinculação “à lei”, precedentes e dogmática.

O critério de vinculação “à lei”, que é limitado (nem sempre prevalece) mas muito forte, e que não contraria a teoria dos princípios porque “*na medida em que o legislador constituinte tenha tomado decisões na forma de regras, elas são vinculantes, a não ser que seja possível introduzir razões constitucionais suficientes contra essa vinculação*”, deve ser compreendido “*como uma vinculação ao texto das disposições de direitos fundamentais e à vontade do legislador constituinte*”, o que se expressa mediante a aplicação da interpretação semântica e da interpretação genética.

A interpretação genética abrange a interpretação *subjetiva*-teleológica que se refere aos objetivos que o *legislador constituinte* associou à regra. Diz, ainda, que as interpretações sistemática, histórica e comparativa podem desempenhar um papel tão somente complementar na análise do texto e da vontade do constituinte e que, muito importante, a interpretação *objetiva*-teleológica, aquela que compreende os objetivos que o *intérprete* atribui à lei não deve ser inserida no processo de justificação do afastamento da regra¹⁹¹.

Alexy diz, ainda, que “*o fato de o texto requerer ou excluir uma determinada interpretação é um argumento muito forte a favor ou contra essa interpretação*” e para superar a força do argumento semântico:

“não é suficiente demonstrar que a solução contrária ao texto é melhor que a com ele compatível; as razões para a solução contrária ao texto têm que ser extremamente fortes para que, do ponto de vista da Constituição, o afastamento do teor literal fique justificado”¹⁹². (grifo nosso)

Nessa lição, dá um exemplo em que o argumento semântico desempenhou um papel decisivo, quanto o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu sobre a competência do oficial de justiça para realizar buscas, para o que se exige decisão judicial, em razão do texto do art. 13, § 2º, da Constituição que diz “*buscas poderão ser decretadas*

¹⁹⁰Teoria dos direitos fundamentais, p. 560.

¹⁹¹Teoria dos direitos fundamentais, pp. 552/554 (destaques nossos).

¹⁹²Ibidem, p. 553.

apenas pelo juiz”¹⁹³.

O segundo critério do processo de argumentação no âmbito dos direitos fundamentais ou discurso de direitos fundamentais são os precedentes da Corte Constitucional. Quando existente um precedente, ele deve ser utilizado e impõe a quem pretende afastá-lo o ônus argumentativo. Privilegia-se, com isso, a igualdade, a segurança jurídica, a proteção da confiança, a redução da carga de trabalho e a estabilidade como base do desenvolvimento¹⁹⁴.

Finalmente, o terceiro critério é o da dogmática, mais propriamente da dogmática normativa geral constituída pelas chamadas “teorias materiais dos direitos fundamentais”¹⁹⁵ que, para Alexy, trata-se da teoria dos princípios¹⁹⁶, baseada no sopesamento entre princípios de direitos fundamentais organizados em uma ordem flexível de precedências *primas facie* a favor dos princípios da liberdade jurídica e da igualdade jurídica¹⁹⁷.

Aqui, mais uma diferenciação se faz presente com a introdução no plano do discurso em que se dá o sopesamento de uma precedência *prima facie* em favor do princípio da liberdade jurídica compreendido como um direito à liberdade geral de ação, a partir do art. 2º, §1º, da GG, que prevê o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (BverfGE 6, 32 e 59, 275) que, pode, “*para além de proteção de ações, ser estendido à proteção de situações e posições jurídicas do titular de direitos fundamentais*”, protegendo não apenas o seu “fazer”, mas o seu “ser” fático e jurídico, tornando-se um “*direito exaustivo à liberdade geral contra intervenções*”¹⁹⁸.

Nota-se, ante o exposto, que o processo argumentativo para afastar a regra do art. 5º, LVI, da Constituição Federal brasileira é muito distinto daquele do exame de proporcionalidade.

Humberto Ávila, árduo defensor da distinção entre os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade, ensina que o exame concreto que se faz quando há uma incompatibilidade entre uma regra geral constitucional e um caso excepcional, por força da *defeasibility of rules* e do princípio da justiça, é o da razoabilidade, como equidade¹⁹⁹. Diz ele que: “*Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e*

¹⁹³BverfGE 51, 97. Apud ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, p. 553.

¹⁹⁴Teoria dos direitos fundamentais, p. 554/559.

¹⁹⁵Ele afasta, portanto, as teorias dogmáticas analíticas e empíricas, bem como àquelas dedicadas à disposições de direitos fundamentais específicas. Ibidem, p. 560.

¹⁹⁶Teoria dos direitos fundamentais, p. 566.

¹⁹⁷Teoria dos direitos fundamentais, p. 573.

¹⁹⁸ALEXY, Teoria dos direitos fundamentais, pp. 341/344.

¹⁹⁹Teoria dos princípios, p. 103, 164/167 e 188.

sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária”²⁰⁰, dando o exemplo de um conflito entre a regra que estabelece ordem de pagamento dos precatórios e o princípio da dignidade humana²⁰¹.

As regras por suas características determinam diversos graus de vinculação, quanto maior legitimidade democrática ela tiver e maior segurança jurídica ela representar ao ordenamento, maior é a aderência ao seu conteúdo normativo; tratando-se de regra constitucional oriunda do Poder Constituinte originário e relativa ao processo penal é imperioso afirmar que a sua superação é excepcionalíssima, de modo que a par de discordâncias pontuais e técnicas, vai bem o STF em sua postura de inadmitir as provas obtidas ilicitamente. De fato há valores maiores a serem protegidos, como a higidez da própria Constituição estatal - o fundamento de validade do Direito -, que estaria fragilizada frente a constantes variações casuísticas.

Rafael Scavone Bellem de Lima dedicou-se ao assunto²⁰² e, para ele, uma vez que a regra é o produto de um sopesamento de princípios realizado pelo órgão com competência constitucional decisória a fim de conferir segurança jurídica ao ordenamento, a aplicação da teoria da proporcionalidade que só considera o sopesamento do conteúdo material das medidas analisadas não seria o método mais adequado para salvaguardar a alocação de competência decisória e a previsibilidade da aplicação do direito.

Pretendendo solucionar o problema de desconsideração da competência decisória na formulação de uma regra completa quando impossível sua aplicação, Alexy fala na consideração de “*princípios formais*” na argumentação decisória²⁰³ e Matthias Klatt e Marius Raabe ²⁰⁴ sugerem a inclusão de um princípio formal no método argumentativo, compreendido como a razão de autoridade a fim de conferir um peso maior à regra nesse

²⁰⁰Ibidem, p. 166.

²⁰¹Ibidem, p. 105.

²⁰² Em sua dissertação de Mestrado: Otimização de Princípios, Separação de Poderes e Segurança Jurídica: O Conflito entre princípio e regra, São Paulo, Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, pp. 53/74.

²⁰³ “Princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida”, ibidem, pp. 103/106.

²⁰⁴ KLATT, Matthias. Taking Rights less Seriously. A Structural Analysis of Judicial Discretion, p. 518, Marius Raabe, “Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag” in Christoph Grabenwarter et al. (Hrsg), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, Wien: Richard Boorberg, 1994, pp. 97/98, Martin Borowski, “The Structure of Formal Principles – Robert Alexy’s Law of Combination”, in Martin Borowski (ed.), On the Nature of Legal Principles, ARSP Beiheft 119 (2010), pp. 25/35, todos Apud Rafael Scavone Bellem de Lima, Otimização de Princípios, Separação de Poderes e Segurança Jurídica: O Conflito entre princípio e regra, São Paulo, Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012, pp. 112/115.

processo de superação, são princípios que “*fornecem razões para a obediência a uma norma, independente do conteúdo dessa última*”²⁰⁵.

De fato, é preciso reconhecer que quando uma regra é criada ela não visa apenas promover direitos materiais, mas também garantir segurança jurídica e o próprio equilíbrio dos Poderes constituídos, o que Frederick Schauer denomina de “*justificação para a geração de uma regra*”, e entender que a consequência prática da criação de uma regra é a restrição aos princípios que com ela colidem, o que o mesmo autor qualifica como “*justificação substantiva de uma regra*”²⁰⁶. A opção legislativa foi feita em favor do princípio implementado pela regra, por isso a solução restritiva para os casos de antinomia envolvendo uma regra e um princípio é a mais comum, prevalece a regra que por si restringe o âmbito de realização dos demais princípios aplicáveis ao caso concreto.

Todavia, o princípio formal, justamente por estar despido de conteúdo material fundamenta uma vinculação principal, não estrita ao resultado de um procedimento prévio segundo Jan Sieckmann²⁰⁷ que, vai além, para dizer que em havendo restrição a direitos fundamentais “*a limitação à competência do Poder Judiciário não pode ser fundamentada meramente com base em argumentos funcionais, mas deve ter como base algum direito constitucional*”.

Pois bem, nesse ponto chega-se a uma conclusão importante, num Estado Democrático de Direito que optou pela rigidez de sua Constituição os cidadãos legitimamente esperam que o Estado atue vinculado ao teor literal dela, notadamente às normas decorrentes do Poder Constituinte originário, de modo que quanto mais alta a regra estiver na Pirâmide de Kelsen e, quanto maior for sua legitimidade democrática, maior será o impedimento de sua superação pelo Poder Judiciário, não por um argumento funcional, mas substantivo e próprio da supremacia do texto da Constituição, lembrando que o Constitucionalismo em oposição ao Absolutismo foi criado como forma de limitar o poder estatal e está intimamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais e à garantia de respeito a eles.

Dessa forma, a superação da regra do art. 5º, LVI da CF, deve ser excepcionalíssima, uma vez que estabelecida por deliberação soberana da Assembleia Nacional Constituinte, órgão competente para instituir nova ordem constitucional, onde se realizam inúmeros debates e deliberações tendentes à concretização das reformas políticas

²⁰⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito, p. 158.

²⁰⁶ Playing by the rules, p. 94.

²⁰⁷ Apud Rafael Scavone Bellem de Lima, ibidem, p. 115.

reivindicadas pelo corpo social que ela representa, daí decorrendo a imposição de que os poderes constituídos se limitem a dar concretude e a garantir a realização máxima das normas estabelecidas, por conseguinte, quanto maior for a estatura da norma no escalonamento normativo, maiores serão os limites à superação de suas regras.

Tratando especificamente de normas constitucionais, Humberto Ávila pontua que se houver um conflito entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, a regra prevalece, ao que conceitua como “*função eficaz de trincheira*” das regras. E, seguindo o mesmo raciocínio de Alexy sobre a impossibilidade de aplicação da regra²⁰⁸, afirma que: “*a única hipótese aparentemente plausível de atribuir “prevalência” a um princípio constitucional em detrimento de uma regra constitucional seria a de ser constatada uma razão extraordinária que impedisse a aplicação da regra*”.

O termo “*razão extraordinária*” é deveras aberto, sua concretude depende, portanto, de que seja lido restritivamente, no sentido próprio do termo *extra* que remete àquilo que não acontece ordinariamente. Apontam-se como casos concretos extraordinários aqueles de cujos fatos seja possível extrair conteúdo de importância para o próprio Estado Brasileiro. Nesses casos, as razões, de fato, seriam “*extremamente fortes*” nas palavras de Alexy, para fazer frente à importância nuclear, ao papel central, que os direitos fundamentais possuem e exercem no sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito.

Ávila segue dando exemplos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal. Na ADI 815, a Corte decidiu que não se pode afastar uma regra com base num princípio constitucional, dado o “*caráter definitivo e decisivo das regras*”, quando o Estado do Rio Grande do Sul arguiu a inconstitucionalidade do art. 45, § 1º e 2º da Constituição Federal por entender que ele violava o princípio federativo. O Supremo decidiu extinguir a ação por impossibilidade jurídica do pedido, afirmando que não lhe competia ser fiscal do Poder Constituinte originário, que é livre para instituir os limites de um princípio constitucional por meio de regras²⁰⁹.

²⁰⁸Teoria dos princípios, pp. 103/106.

²⁰⁹EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de

E, no que toca o tema específico objeto desse trabalho, o Supremo, por seu Tribunal Pleno, no julgamento do HC 79.512/RJ210, debruçou-se sobre o conflito entre a regra constitucional de inadmissão de provas ilícitas e o interesse público de repressão ao crime e, em vez de ponderar o princípio da vinculação à Constituição ou o da inviolabilidade dos direitos fundamentais com o princípio da proteção exclusiva dos bens jurídicos na acepção positiva de Jellinek (direito a proteção), decidiu que não lhe competia efetuar ponderação quando o constituinte já a fez por meio do estabelecimento da regra. Disse o Min. Sepúlveda Pertence:

normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. (ADI 815, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/1996, DJ 10-05-1996 PP-15131 EMENT VOL-01827-02 PP-00312)

²¹⁰EMENTA: Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa - compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio - e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência. 1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição - afora as exceções nele taxativamente previstas ("em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro") só a "determinação judicial" autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém - autoridade ou não - no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador. 1.1. Em consequência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da auto-executoriedade. 1.2. Daí não se extrai, de logo, a inconstitucionalidade superveniente ou a revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam a agentes fiscais de tributos a proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis; essa legislação, contudo, que, sob a Carta precedente, continha em si a autorização à entrada forçada no domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas: o ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia. 1.3. Mas, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada invito domino a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca. 1.4. Não supre ausência de prova da falta de autorização ao ingresso dos fiscais nas dependência da empresa o apelo à presunção de a tolerância à entrada ou à permanência dos agentes do Fisco ser fruto do metus publicae potestatis, ao menos nas circunstância do caso, em que não se trata das famigeradas "batidas" policiais no domicílio de indefesos favelados, nem sequer se demonstra a existência de protesto imediato. 2. Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência. (HC 79512, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1999, DJ 16-05-2003 PP-00108 EMENT VOL-02110-02 PP-00308)

Posto não ignore a autoridade do entendimento contrário, resisto, no entanto, a admitir que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes. É que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução criminal – por valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita”²¹¹.

O constituinte ao proibir a admissão em juízo das provas obtidas ilicitamente, sem quaisquer ressalvas, fez um juízo expresso de preponderância, daí a inadequação do uso da técnica usual da ponderação de interesses²¹².

Concluiu-se, portanto, que a regra de inadmissibilidade de provas ilícitas pode ser superada em raríssimos casos onde se constatar a absoluta impossibilidade de sua aplicação, o que é fruto de um juízo de razoabilidade e não de proporcionalidade no sentido técnico de regra do termo. Há de se considerar além dos interesses materiais do caso concreto, que levarão à conclusão de não correspondência entre meio e fim ou de superação do interesse escolhido pela regra, dois outros elementos para que se vença o ônus argumentativo maior pela presença da regra, a razão da autoridade da regra (princípio formal) e o impacto da decisão nos demais casos correntes e futuros (segurança jurídica), a esse processo convencionei chamar de juízo de razoabilidade complementado.

Num caso em que a principal prova de um processo foi obtida ilicitamente em decorrência de excesso de prazo mínimo em interceptação telefônica inicialmente autorizada e que cabalmente demonstra a culpa de um ocupante de importante cargo político no Congresso Nacional com função de chefia dentro de organização criminosa de tráfico de entorpecentes conhecida em todo o país e com ramificações no exterior, a finalidade da regra de inadmissibilidade da prova ilícita de proteção dos direitos fundamentais do acusado, diante de uma circunstância de prazo e não de autorização pura e simples, frente à finalidade oposta de representatividade dos agentes políticos que sustenta o princípio da soberania popular,

²¹¹ Esse entendimento foi reafirmado pela 1ª Turma do STF no HC 80.949-RJ: “Ora, até onde vá a definição constitucional da supremacia dos direitos fundamentais, violados pela obtenção da prova ilícita, sobre o interesse da busca da verdade real no processo, não há que apelar para o princípio da proporcionalidade, que, ao contrário, pressupõe a necessidade da ponderação de garantias constitucionais em aparente conflito, precisamente quando, entre elas, a Constituição não haja feito um juízo explícito de prevalência” (DJU 14/12/2001, p. 26).

²¹² MALAN, Diogo Rudge, Gravações ambientais domiciliares no Processo Penal, *in* Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado. 2 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012, p. 344.

recomenda seja a prova conhecida para fundamentar um juízo de condenação. O princípio formal de autoridade da regra é vencido por princípios também constitucionais de importância central para o Estado brasileiro como os princípios democrático e da cooperação internacional e, por fim, a decisão desse caso concreto não teria repercussão relevante em outros processos, nem seria facilmente reproduzida no futuro, dadas as suas particularidades especialíssimas.

A regra constitucional de inadmissibilidade de provas ilícitas no processo só poderá ser superada se as circunstâncias do caso concreto apontarem para uma aplicação absurda, ou seja, para a impossibilidade fática ou jurídica de sua aplicação. A decisão individual deve demonstrar, superada a barreira rara da impossibilidade fática, que a finalidade subjacente à regra (evitar e punir violações aos direitos fundamentais na produção de provas) não foi atingida ou foi afastada por razões contrárias e mais fortes de um ou mais princípios constitucionais, pautando-se o discurso argumentativo no seguinte tripé decrescente de autoridade: 1) vinculação à Constituição, 2) precedentes e 3) sopesamento com precedência *prima facie* dos princípios da liberdade e igualdade jurídicas. Por fim, deverá demonstrar que o afastamento casuístico não causará reflexos em outros processos, nem será facilmente reproduzível pelas demais pessoas (segurança jurídica). Com isso, a decisão individual discrepante da regra será aceita pela comunidade a que se dirige, sem impactar a higidez constitucional.

SEGUNDO CAPÍTULO

Tópicos teóricos frequentemente tangenciados

2.1 Eficiência e Garantismo

O moderno crescimento e sofisticação do crime organizado, aliado ao surgimento de novas formas de criminalidade e ao próprio terrorismo, têm colocado no centro do debate jurídico a eficiência repressiva do Estado no combate a essas práticas, acirrando a tensão, tão conhecida, entre a defesa dos direitos fundamentais e a segurança pública, ambos contrapostos, mas legitimamente dignos de tutela.

A prova, notadamente a ilícita, condensa essas questões, e é sempre tocada, de forma distinta a depender do momento histórico-social. Em tempos de paz, sua incidência é vista como própria do Estado de Direito e, com o aumento da criminalidade, sua relativização é considerada necessária como forma de garantir a segurança pública e a eficiência repressiva.

A função mais lembrada do processo penal é a de legitimar a punição estatal, trata-se de um instrumento epistêmico com espaço contraditório, por meio do qual se produzem provas para a reconstrução histórica dos fatos, com vistas ao convencimento fundamentado do juiz que, somente quando atingir um grau de convencimento da culpa do acusado além de qualquer dúvida razoável, escolherá a hipótese acusatória, uma vez que superada nessas condições a presunção de inocência²¹³.

Visto sob essa ótica, o processo penal é garantista, no sentido de que todas as suas regras, princípios e formas servem ao fim de proteger o cidadão de ingerências indevidas em sua esfera privada de direitos e liberdades, as normas e procedimentos foram criados para que o Estado puna com isenção e justiça, sendo expressão, portanto, do devido processo legal que, por sua vez, é fundamento do próprio Estado de Direito.

²¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal. Boletim IBCCrim n. 277, São Paulo: dez. 2015.

A forma, por conseguinte, não deve ser banalizada, ela serve ao propósito maior de conferir legitimidade a um resultado pela obediência ao procedimento, resultado esse que retirará ou restringirá o exercício de direitos fundamentais pelo condenado, de modo que exceções ao formalismo operadas no processo civil são afastadas pela diferença do direito material que cada ramo processual busca concretizar.

Falando em Estado Democrático de Direito, em que o Direito é encarado como elemento de transformação e integração social, necessário que seja ele reconhecido pelo corpo social a que se destina e, no âmbito das leis, a Constituição por sintetizar as escolhas políticas básicas do ordenamento, é o instrumento mais legítimo e operacional colocado à disposição do Estado, para que, ainda que coercitivamente, possa exigir a obediência de seus preceitos. A nossa Constituição é garantista, fez opção pela estrutura dialética do processo, pelo princípio da não culpabilidade, pelo juiz natural, pela ampla defesa e contraditório.

Cappelletti²¹⁴, na década de 70, já demonstrava sua preocupação com a relação entre a ideologia política de Estado e o processo. A depender dos valores sociais e ideológicos da época em que elaborada a lei processual, ora será ela autoritária, ora garantista. O processo passa, assim, a ser compreendido não apenas como um instrumento técnico, mas político: como é por meio dele que a liberdade é filtrada, reflete os valores ideológicos dominantes e os interesses dos órgãos de combate ao crime.

Por isso é importante que as normas processuais centrais sejam previstas nos próprios textos constitucionais, com o fim de evitar que o legislador ordinário, no afã do momento histórico em que atua, legisle contra direito considerado pelo processo constitucional essencial ao ordenamento, em oposição ao espírito orientador do texto legal máximo que, quanto aos direitos e garantias fundamentais, somente pode ser alterado, por nova ordem constitucional.

Especialmente após o 11 de setembro, o garantismo tem sido visto com maus olhos pela sociedade em geral e até mesmo pelos juristas que vêm encampando teorias tendentes a flexibilizar regras processuais em nome de uma maior eficiência estatal na resposta ao crime, Luiz Arroyo Zapatero refletiu a esse respeito:

As vezes se pensa que alguns países alcançaram certa orgia garantista,

²¹⁴ CAPPELLETI, Mauro. *Processo, ideologias, sociedade*. Trad. de Santiago Sentis Melendo e Tomás A. Banzhal. Buenos Aires, Ed. Jurídicas Europa-América, 1974.

especialmente quando se vê como e em que condições os tribunais, aplicando a doutrina constitucional das provas proibidas, optam pela liberdade mesmo em casos de culpabilidade manifesta. Tem razão Zaffaroni ao dizer que, em realidade, o Estado, por melhor que pareça, sempre é Estado e tende ao excesso, e que todo o esforço para “encapsular” esse poder do Estado é justo e necessário. Para mim, em seu momento, esta ideia me pareceu excessiva, mas deixou de sê-la quando o instrumento de política criminal mais respeitado do mundo, denominado *Scotland Yard*, disparou para matar um jovem brasileiro que somente queria pegar seu metrô a tempo. O fato é que desde o ponto de vista dos direitos humanos não podemos fiar-nos nem mesmo na *Scotland Yard*. Depois do 11 de setembro se produziu um retrocesso impressionante relacionado aos direitos dos cidadãos, especialmente no que concerne à perseguição penal e policial: [...]. Em consequência, não nos encontramos ante um excesso de garantismo. Na verdade, perto de tudo que está ocorrendo, todo o garantismo é pouco²¹⁵.

O próprio Tribunal Constitucional Alemão, tão citado quando se trata da aplicação do princípio da proporcionalidade na relativização das vedações probatórias, ao julgar, em 03 de março de 2004, duas reclamações constitucionais contra ato normativo que, com vistas à segurança pública e para tornar a investigação e persecução penal mais eficiente, decidiu que medidas de persecução penal que violem a dignidade humana violando o núcleo da conformação da vida privada, não podem ser adotadas para atender aos interesses da efetividade da Justiça penal e da busca da verdade, nem mesmo interesses preponderantes da coletividade podem justificar uma intervenção dessa natureza²¹⁶.

Por oportuno, colaciono trecho do acórdão que segue o raciocínio da relação entre a inviolabilidade domiciliar e a dignidade humana:

Essa proteção não pode ser enfraquecida por sua ponderação, baseada no princípio da proporcionalidade, com os interesses da persecução penal (cf. BverfGE 34. 328 [245]; cf. também: BverfGE 75, 369 [380]; 93, 266 [293]. Em verdade, sempre existirão formas especialmente graves de criminalidade e correspondentes situações de suspeita que fazer parecer a muitos a efetividade da administração da justiça penal, enquanto interesse relativo ao bem estar coletivo, como sendo mais importante do que a proteção da dignidade humana do acusado. Uma tal valoração

²¹⁵ A harmonização internacional do direito penal: ideias e processos. RBCCrim, n. 84, São Paulo: RT, mai. 2010, p. 49.

²¹⁶ BverfGE 109, 279, in Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, Organização e introdução: Leonardo Martins, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V, Mastergraf: Uruguai, 2005, p. 688/718. No caso, o legislador teria alterado por emenda o artigo 13 da Constituição alemã para incluir em quatro parágrafos limites significativos ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, inclusive para fins preventivos. Parte dos dispositivos foi considerada inconstitucional por se entender que o tipo e o modo da realização da vigilância domiciliar pode violar a dignidade humana, o devido processo legal e o contraditório, em razão disso foi dado ao legislador prazo (expirado em 30/06/2005) para promulgação de nova lei que observe os direitos fundamentais violados, possibilitando-se a aplicação dos artigos desde que observados caso a caso o respeito à dignidade que, se violada, impossibilitaria qualquer utilização dos dados no âmbito da persecução penal. Enfatizou o Tribunal que um criminoso não pode ser tratado com violação de sua pretensão à valorização e respeito, sendo transformado em mero objeto do combate à criminalidade e da execução penal.

[hierarquização de valores e interesse] é, no entanto, defesa ao Estado por força do Art. 1 I e do Art. 79 III GG217.

Ao tratar do garantismo, preliminarmente é preciso abandonar a ideia de que ele trabalha contra a eficiência do Direito Penal. Como diz, Antônio Scarance Fernandes: “Essa dicotomia é, em regra, representada pelo confronto entre eficiência e garantismo no processo penal. Em uma visão moderna, esses dois vetores não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo”²¹⁸.

Retrocedendo à origem do garantismo, genuinamente ele não tem nenhuma relação com o formalismo, legalismo ou processualismo. Consolidou-se na Itália, na década de 1970, como resposta ao uso excessivo do Direito Penal pelo governo italiano no combate a grupos políticos como as Brigadas Vermelhas (*Brigate Rosse*) que utilizavam práticas consideradas como terroristas para fazer valer suas ideias. O garantismo foi pensado assim como forma de conter a legislação antiterrorista de regimes governamentais com características fascistas, notadamente da Espanha e Itália, os limites da intervenção penal consistiam no respeito desses regimes aos direitos fundamentais.

Os dez axiomas do garantismo, criados para proteger o cidadão contra o arbítrio ou erro criminal, foram definidos por Luigi Ferrajoli, na obra *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*, publicada em 1989 com prefácio de Norberto Bobbio, traduzida para o espanhol em 1995 e, para o Português, em 2002. São eles: i) *nenhuma penalidade é aplicada sem a prática de um crime*, ii) *o crime deve estar previsto em lei*, iii) *deve haver necessidade para proibir e punir a conduta*, iv) *seus efeitos prejudiciais para terceiros*, v) *a natureza externa ou material da conduta criminosa*, vi) *a imputabilidade e culpabilidade de seu autor*, vii) *a prova empírica realizada por uma acusação perante um juiz imparcial em um processo público e contraditório com a defesa e por meio de procedimentos legalmente estabelecidos*²¹⁹.

Com efeito, o próprio Ferrajoli, como visto acima, reconhece a função que o Direito Penal desempenha nos Estados, quando ressalta a necessidade de certas condutas serem proibidas e punidas por ele, inclusive com uma “*maior penalização de condutas, hoje não adequadamente proibidas nem castigadas*”²²⁰. Dizer que o Direito Penal deve atuar

²¹⁷Idem, ibidem, p. 697. GG refere-se à Constituição da República da Alemanha.

²¹⁸Processo penal constitucional, 2012, p. 23.

²¹⁹FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 103/104.

²²⁰FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 438.

subsidiariamente não significa em absoluto que não considera os interesses da coletividade, é de fato imperioso que haja uma necessidade real só suprida por esse ramo do Direito, sob pena de um totalitarismo arbitrário e absoluta ineficiência administrativa dos estabelecimentos de cumprimento de pena. Para que o sistema de justiça criminal atue de forma eficiente é ímpar que considere somente as infrações mais graves ao ordenamento jurídico.

O garantismo evoluiu. Os defensores do chamado garantismo integral²²¹ compreendem as condições garantistas do processo como uma determinação ao Estado de que considere na aplicação dos direitos fundamentais também a necessidade de garantir ao cidadão eficiência e segurança, ao que não se opõe Luigi Ferrajoli que, em palestra de 2006, já sinalizava com a possível expansão do paradigma garantista para a tutela de direitos sociais²²². Hoje, o garantismo penal não abarca apenas direitos subjetivos individuais, mas considera também direitos subjetivos coletivos, no mesmo sentido da orientação jurisprudencial alemã que passou a entender os deveres de proteção do Estado como expressão dos direitos fundamentais²²³.

A bem da verdade, como bem dito na Exposição de Motivos do PLS 156, o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal brasileiro, o garantismo não representa um óbice à eficiência das respostas estatais aos crimes cometidos, antes traduz a pauta mínima de observação, o núcleo de exigência indeclinável de qualquer Estado Democrático de Direito que, quando bem compreendido e utilizado, presta-se a demonstrar a consciência e a maturidade social no exercício do poder, é o Estado reconhecendo que o conhecimento humano é limitado em decorrência da própria, e falha, condição humana, o que impõe seja o

²²¹FISCHER, Douglas. O que é Garantismo Penal (Integral)? In Garantismo Penal Integral Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella (organizadores). Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

²²²“El paradigma garantista puede expandirse (y em el plano normativo ha ido efectivamente expandiéndose) en tres direcciones: hacia la tutela de los derechos sociales y no solo de los derechos de libertad, frente a los poderes privados y no solo a los poderes públicos y en ámbito internacional y no solo estatal.” Ferrajoli, Luigi. Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006, p. 113).

²²³“Os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...]. Discutiui-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental [...]. MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/Direitos-fundamentaisM%C3%BAltiplos-significados-GILMAR-MENDES.pdf> . Acesso em 16 de agosto de 2019 às 12h50.

poder de punir sempre realizado com cautela e respeito aos indivíduos²²⁴.

A esse propósito Beling, ainda em 1903, já escrevia que no futuro a justificação das proibições probatórias seria questionada em prol de uma justiça penal eficaz. Encerrou sua palestra, que inaugurou no mundo a expressão proibição probatória, perguntando:

¿No sería tal vez un desafío dispuesto para la legislación del futuro, que se deje desde ahora en adelante las manos libres a las autoridades penales para que puedan actuar sin limitaciones y en interés de la justicia, es decir, que se supriman todas las prohibiciones de prueba?²²⁵

A resposta esclareceu que somente com uma visão de largo alcance é possível alcançar o raciocínio de que o interesse por uma justiça penal eficaz é, sem dúvida, muito importante, mas não é o único interesse existente no mundo. A justificação para as proibições probatórias está relacionada com a ponderação de bens realizada e autoimposta pelo próprio Estado, na medida em que cada disposição legal que nega a um órgão policial determinada faculdade é expressão de uma ponderação de interesses, que determina a prevalência do interessepositor²²⁶.

Finaliza-se com a advertência sempre atual de Antonio Magalhães Gomes

Filho:

Após dez anos de vigência do texto constitucional, persistem as resistências doutrinárias e dos tribunais à proibição categórica e absoluta do ingresso, no processo, das provas obtidas com violação do direito material. Isso decorre, a nosso ver, em primeiro lugar, de uma equivocada compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, que não pode significar liberdade absoluta na condução do

²²⁴Nesse passo, cumpre esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparece como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando conseqüente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado. Observe-se, mais, que a perspectiva garantista no processo penal, malgrado as eventuais estratégias no seu discurso de aplicação, não se presta a inviabilizar a celeridade dos procedimentos e nem a esperada eficácia do Direito Penal. Muito ao contrário: o respeito às garantias individuais demonstra a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do exercício do poder". Extraído de <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4574315&ts=1559284207010&disposition=inline>: p. 119/120. Consulta em 15/08/2019 às 11h03.

²²⁵Las prohibiciones probatórias como..., pp. 46/47.

²²⁶Las prohibiciones probatórias como..., pp. 5 e 47/48.

procedimento probatório nem julgamento desvinculado de regras legais. Tal princípio tem seu âmbito de operatividade restrito ao momento da valoração das provas, que deve incidir sobre material constituído por elementos admissíveis e regularmente incorporados ao processo. De outro lado, a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes às formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de provas maculadas pela ilicitude, sob a justificativa da proporcionalidade ou razoabilidade. Conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional. Ademais, certamente não será com o incentivo às práticas ilegais que se poderá alcançar resultado positivo na repressão da criminalidade.²²⁷

Se o processo penal condensa a liberdade do indivíduo e o interesse social de segurança, as alterações políticas e ideológicas influirão diretamente no tratamento das leis processuais a depender da predominância que se dê ao indivíduo em confronto com o Estado, ou, ao contrário, ao Estado em face do indivíduo²²⁸, de modo que de fundamental importância seja a leitura do processo penal, em qualquer época, realizada à luz da Constituição Federal, a fim de se obter certa estabilidade no trato das garantias essenciais do acusado.

2.2 Conexão entre direitos fundamentais e procedimento

No capítulo destinado aos direitos e ações estatais positivas (direitos a prestações em sentido amplo), Alexy analisa os direitos a organização e procedimento. Afirma a conexão existente entre direitos fundamentais, organização e procedimento, na medida em que o procedimento é, nas palavras de Häberle, provavelmente o único *“meio de se produzir um resultado conforme aos direitos fundamentais e, com isso, assegurá-los de forma eficaz também em face dos problemas modernos”*²²⁹.

O Tribunal Constitucional Federal alemão tem atribuído aos direitos fundamentais materiais direitos a procedimentos como elemento essencial do próprio direito fundamental inerente à sua proteção jurídica efetiva, a tradição jurisprudencial que iniciou-se pelo direito fundamental à propriedade estendeu-se para cada vez mais outros direitos fundamentais, de modo que hoje o *“direito à proteção jurídica efetiva”* é lido como um *“direito à proteção dos direitos fundamentais por meio de procedimentos”*²³⁰.

²²⁷ Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988, in Os 10 Anos da Constituição Federal, coordenação de ALEXANDRE DE MORAES, 1999, Atlas. pp. 249/266.

²²⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional, 2012, p. 25.

²²⁹ Teoria dos direitos fundamentais, p. 470.

²³⁰ Ibidem, pp. 475/476.

Essa conexão entre direitos fundamentais e procedimento tem importante destaque já que estamos falando de normas de direito processual, regras de exclusão probatória, que integram um procedimento. O procedimento é um sistema de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado, que deve refletir, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, os direitos fundamentais; ora, se há um elemento de incerteza nessas normas é fato que também há um aumento da probabilidade de um resultado conforme os direitos fundamentais pelo procedimento, de modo que considera-se que “*procedimentos são necessários como meio de proteção dos direitos fundamentais*”²³¹.

Especificamente quanto aos procedimentos judiciais, Alexy afirma que direitos a procedimentos judiciais são direitos essenciais a uma “proteção jurídica efetiva”, que servem especialmente à proteção de posições jurídicas existentes em face do Estado e de terceiros, daí porque *a conexão entre direitos fundamentais e procedimentos determina que os aspectos procedimento e material devem ser reunidos em um modelo dual, que garanta a primazia do aspecto material*²³².

Pois bem, também aqui a teoria dos direitos fundamentais reclama seja dada primazia, ainda que *prima facie*, à regra do art. 5º. LVI, da Constituição Federal brasileira, verdadeira garantia processual dos direitos fundamentais, sobre qualquer princípio processual por ventura colidente.

2.3. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Como comumente recorre-se a essa teoria para explicar a incidência da regra de inadmissibilidade processual de provas ilícitas também às investigações particulares ou conduzidas pela própria vítima, trataremos de abordar as principais correntes dogmáticas que sustentam a extensão da eficácia dos direitos fundamentais também às relações privadas.

A discussão teórica sobre o tema ainda não possui contornos claros e pretende responder à seguinte questão:

As normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou colectivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?²³³

²³¹Teoria dos direitos fundamentais, p. 489.

²³²Teoria dos direitos fundamentais, p. 490 (destaque nosso).

²³³CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Editora: Almedina, 2003, p.

Tradicionalmente os direitos fundamentais foram concebidos para oposição frente ao Estado, daí a concepção de que são aplicados verticalmente, nas relações entre os indivíduos, de um lado, e o Poder Público, de outro. Essa tese prevalece até hoje nos Estados Unidos da América, ainda que com temperamentos²³⁴ e, na Alemanha, está estampada na Constituição de Bonn: “*Artigo 1 (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário*”²³⁵.

No Brasil, com o advento da Constituição cidadã de 1988, o alcance dos particulares é doutrinária e jurisprudencialmente extraído do silêncio eloquente do texto em não vincular com exclusividade o Poder Público, além de princípios constitucionais específicos e da regra prevista no art. 5º, § 1º do texto constitucional que determina a aplicação imediata dos direitos fundamentais, sem qualquer ressalva²³⁶.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal há algum tempo posiciona-se, inclusive, no sentido da eficácia direta “ [...] *considerada a vinculação imediata dos indivíduos, em suas relações de ordem privada, aos direitos básicos assegurados pela Carta Política*”²³⁷.

No âmbito do direito estrangeiro, especialmente no germânico, com o

1.151.

²³⁴ É a teoria chamada de *state action*. Vide TUSHNET, Mark, *The issue os state action/horizontal effect in comparative constitutional law*. Oxford University Press and New York University School of Law 2003, I.CON, Volume 1, Number 1, 2003, pp. 79-98. Disponível em:

<https://academic.oup.com/icon/article/1/1/79/671955> . Acesso em 21 de agosto de 2019. Também, COELHO, Inocêncio Mártires, in *Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*, 5. Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 360/361.

²³⁵ Documento traduzido disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2019.

²³⁶ “No marco normativo da CF, direitos fundamentais – exceto aqueles cujos sujeitos destinatários (sujeitos passivos ou obrigados) são exclusivamente os poderes públicos – vinculam os particulares. Essa vinculação impõe com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, no postulado da unidade material do ordenamento jurídico, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no princípio constitucional da dignidade da pessoa (CF, art. 1º, III), no princípio constitucional da solidariedade (CF, art. 3º, I) e no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º)”. STEINMETZ, Wilson, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 295. Vide também, VALE, André Rufino do, *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004, pp. 137/138; SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, pp. 301/313.

²³⁷ RE 201.819/RJ, julgado em 11 de outubro de 2005, p. 648, cujo acórdão faz referência a diversos precedentes anteriores como o RE 158.215/RS, julgado em 7 de junho de 1996, em que se decidiu pela incidência direta dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares envolvendo um membro expulso de cooperativa sem contraditório e ampla defesa. Vide também, RE 161.243/DF, AI 346.501-AgR/SP e RTJ 164/757-758.

advento da Carta Constitucional Alemã de 1949²³⁸ e após a decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no caso Lüth²³⁹, em 15 de janeiro de 1958, difundiu-se nesse país a tese de que os direitos fundamentais constituem um “conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais”²⁴⁰.

Após isso, o discurso majoritário da doutrina mundial passou então a entender que “as normas sobre direitos fundamentais apresentam, insitas a elas mesmas, um comando de proteção, que obriga o Estado a impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações privadas”²⁴¹.

Os direitos fundamentais possuiriam assim duas dimensões: uma subjetiva e uma objetiva. A subjetiva determina que o Estado deve abster-se de ingerências (obrigação negativa, de inação) no âmbito de proteção desses direitos, os sujeitos estão protegidos face ao Estado contra intervenções em seus direitos fundamentais e, por sua vez, a dimensão objetiva impõe uma obrigação positiva (de ação) ao Estado para que atue na realização e defesa desses direitos.

Pois bem, dessa atuação positiva surgem para o Estado deveres de proteção (*Shutzpflichten*), sempre que houver uma agressão aos direitos fundamentais, seja de particulares, seja do Poder Público, deve o Estado intervir, a figura estatal passa assim do principal detrator para a de um guardião desses direitos²⁴². A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é expressão, portanto, da sua função protetiva, eles expressam, na verdade, os valores básicos da ordem jurídica e social, devendo ser prestigiados por todos os setores da vida civil. Diante disso implica outra consequência, a imposição ao Estado do dever de coibir os conflitos entre particulares que envolvam violações de direitos fundamentais²⁴³.

²³⁸ A experiência com as leis injustas do período nacional-socialista inspiraram o modelo constitucional adotado.

²³⁹ BVerfGE 7, 198 (1958), vide íntegra do acórdão na nota 1 (extraída de SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Traduzido por Beatriz Hennig. et al. Montevidéu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005, p. 381/395). Em síntese, Eric Lüth opôs recurso constitucional contra decisão do tribunal estadual de Hamburgo que lhe condenara pelo fato de haver se expressado publicamente convocando um boicote aos filmes de Veit Harlan, um conhecido diretor de cinema nazista, mesmo produzidos após 1945 e depois dele ter passado pelo processo de desnazificação. O Tribunal Constitucional, porém, deu provimento ao recurso de Lüth entendendo que os direitos fundamentais também podem ser invocados perante particulares, como o direito à liberdade de expressão que teria primazia no caso.

²⁴⁰ Perez Luño, *ibidem*, pp. 20/21.

²⁴¹ RIBA, Ferreri; CODERCH, Salvador. *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomia privada*, Madrid: Civitas, 1997, 9. 94 apud MENDES, Gilmar, Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, 5. Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 354.

²⁴² DIETLEIN, Johannes apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade...*, pp. 93/94.

²⁴³ Por meio da criminalização de condutas e do exercício do *jus puniendi*, inclusive. Considerando que os

Assim, a eficácia dos direitos fundamentais é expandida para abranger além das relações Estado x indivíduo, as próprias relações privadas, entendendo que o Estado deverá tutelá-los mesmo contra terceiros, evitando violações dos direitos fundamentais de particulares por outros particulares, é a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais²⁴⁴.

Todavia, o modo como essa vinculação se dá não é tema pacífico na doutrina, quatro teorias dividem espaço sobre o tema.

As duas primeiras se diferenciam pela concepção maior ou menor de proteção da autonomia privada, a primeira postula uma eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, sem necessidade de intermediação da legislação infraconstitucional ²⁴⁵ e, a segunda, a eficácia indireta ou mediata, que necessita de mediação legal ²⁴⁶ ; a terceira constrói um modelo intermediário entre as duas primeiras, defendendo que só excepcionalmente a eficácia será imediata ²⁴⁷ ; e a quarta entende que os direitos fundamentais são oponíveis apenas ao Estado, salvo quando os particulares exercerem atividade de interesse público ou receberem subvenção governamental, quando são equiparados ao Poder Público²⁴⁸.

Considerando que a finalidade da norma deve ser uma constante interpretativa no manejo do ordenamento jurídico, ainda que se considere inaplicável a eficácia dos direitos fundamentais aos particulares a depender da teoria que se adote, o raciocínio deve passar necessariamente pelo crivo da finalidade da norma protetiva.

efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre dos deveres de proteção, vide STEINMETZ, Wilson, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 206/207.

²⁴⁴ Não se desconhece a tese que defende a distinção entre deveres de proteção e a eficácia horizontal pelo fato de que apenas o Estado se vê obrigado pelos deveres de proteção, enquanto que na eficácia horizontal os particulares são tidos como destinatários, além de titulares, dos direitos fundamentais, vide ISENSEE, Josef, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin: Walter de Gruyter, 1983, pp. 35 e s. Todavia, como já dito, o argumento guarda razão no ordenamento jurídico alemão em que a Constituição expressamente vincula apenas o Poder Público.

²⁴⁵ UBILLOS, Juan María Bilbao, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid: CEPC, 1997, p. 295, apud MENDES, Gilmar, 2010, p. 358.

²⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais, trunfos contra maioria*, Coimbra: Coimbra, Ed., 2006, pp. 80/81, STEINMETZ, Wilson, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 133/134.

²⁴⁷ SILVA, Luís Virgílio Antônio da. *A Constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁴⁸ A doutrina é chamada de *state action* e prevalece nos Estados Unidos da América, vide TUSHNET, Mark, *The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law*. Oxford University Press and New York University School of Law 2003, *I.CON, Volume 1, Number 1, 2003*, pp. 79-98. Disponível em: <https://academic.oup.com/icon/article/1/1/79/671955>. Acesso em 21 de agosto de 2019. Também, COELHO, Inocêncio Mártires, in *Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, 5. Ed., rev. e atual.* São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 360/361.

Pois bem. Esse ponto será melhor explorado no quarto capítulo, porém, perfunctoriamente é possível dizer que, no nosso objeto de análise, a finalidade da regra constitucional do art. 5º, LVI, inserida no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais e no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, é essencialmente a tutela dos direitos e garantias fundamentais, trata-se, na verdade, de um direito subjetivo do cidadão, diversamente do que ocorre nos Estados Unidos da América, em que não existe um direito fundamental que aloje a regra de exclusão.

A propósito do tópico, no direito americano predomina a tese de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas ao Estado.

Assim, e chega-se aqui a uma conclusão importante quanto ao ponto de partida dessa pesquisa, qual seja, a decisão dada pela Suprema Corte no RE 251.445/GO. A prova ilícita deve ser afastada mesmo que o particular não esteja atuando por orientação do Estado, com participação de agentes estatais. É que, seja qual for a teoria que se adote quanto a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que de fato impedirá a utilização da prova é a própria violação aos direitos fundamentais do acusado, por ser ela, o fundamento da norma constitucional proibitiva, que consagra uma norma de proteção do indivíduo, uma garantia fundamental, como claramente sugere o seu *locus* na Carta Política.

Nesse aspecto, ainda que com o senso comum reclamando o contrário, discorda-se tecnicamente do posicionamento de Eugênio Pacelli ao defender o mero desestímulo de condutas ilícitas dos agentes policiais como argumento para confrontar a referida decisão:

Ora, se a mais relevante função desempenhada pela garantia da inadmissibilidade da prova ilícita, para além de sua dimensão ética, é servir como fator inibitório e intimidatório de práticas ilegais por parte dos órgãos responsáveis pela produção da prova, constata-se que, em nenhum momento, tal missão foi cumprida. Ou, mais ainda, que, em nenhum momento, colocou-se em risco o incremento das atividades policiais abusivas. E assim nos parece porque quem produziu a prova não foi o Estado, e, sim, um particular, que, à evidência, não se dedica a essa função (a de produtor de provas para o processo penal).²⁴⁹

É preciso reconhecer que o ordenamento jurídico americano e o brasileiro possuem diferenças marcantes que não recomendam a importação simplista do modelo teórico das regras de exclusão daquele país, sob pena de subversão da ordem jurídica local

²⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, 16ª Edição, São Paulo, 2012. Editora Atlas, p. 367.

estabelecida.

2.4 Da verdade como valor processual

A busca pela verdade no processo penal decorre da própria e falha natureza humana e por ser ele uma expressão de poder que realiza o ramo jurídico mais incisivo sobre os direitos fundamentais, daí o esforço para se chegar à verdade é uma constante, um fim sempre buscado, um valor a ser perseguido em toda ação penal, resta saber os contornos desse valor processual.

Nos primórdios, na vigência do processo penal inquisitivo, essa verdade era entendida como impositiva, real, e a confissão considerada a rainha das provas, já que o investigado era “*el depositario de una verdade a exprimir*”²⁵⁰ a relevância dos interesses tratados pelo processo penal, tanto maiores quanto mais grave o crime, justificariam a permissão por uma ampla busca da verdade pelo juiz²⁵¹.

Bettioli chegou a ensinar que:

(...) um princípio fundamental do processo penal é o da investigação da verdade material ou substancial dos fatos em discussão, para que sejam provados em sua subsistência histórica, sem distorções, obstáculos e deformações. Isso compreende que o legislador tenha de eliminar do código toda limitação à prova, e que o juiz tenha de ser deixado livre na formação do próprio convencimento²⁵².

No mesmo sentido, Jeremy Bentham, refletindo as concepções utilitaristas de sua época, defendia a busca da verdade no confronto entre ela e o modelo adversarial inglês, dizendo que a prova é a base da justiça, e que “excluir a prova é excluir a justiça”²⁵³.

Muito embora se saiba que a tortura possuía um rito formal que exigia a

²⁵⁰ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Prueba y convicción em el processo penal*, 1ª ed, Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 183, citando Cordero. F., *Procedura penale*, Giuffrè, 6ª ed., 1982, p. 19.

²⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, 16ª Edição, São Paulo, 2012. Editora Atlas, p. 310.

²⁵² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 39.

²⁵³ *Apud* BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância*. In *Garantismo Processual*. José Roberto dos Santos Bedaque; Lia Carolina Batista; Eléi Pierre Eid (Coords.) Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 219-260. Disponível em: <http://www.badaroadvogados.com.br/download.php?f=163e275d557d171dcb920bdfe39279cf>, Acesso em 15 de setembro de 2019, p. 5. Também, GOMES FILHO, Antonio Magalhaes, *A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 85. pp. 393-410. JUL-AGO/2010, p. 407.

demonstração de justa causa que não era dispensável nem mesmo pelo príncipe, a regra que realmente vigia no processo inquisitivo era a revelada no seguinte brocardo:

“In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi”, que significava que diante dos crimes mais graves bastava meras conjecturas para que o rito fosse afastado, *“... en presencia de la sospecha de un delito particularmente grave, se atenúa la fuerza vinculante de las reglas que rigen la materia probatoria y el grado de eficacia acreditativa de los elementos de juicio precisos para la condena”*²⁵⁴.

A maior crítica ao processo inquisitivo era a má qualidade da verdade que produzia, daí que com o avanço da ciência processual que culminou com o sistema acusatório, a garantia contra a autoincriminação, a imparcialidade judicial e a dialética probatória impuseram a reformulação do conceito de verdade. Passou-se, então, a concebê-la como uma verdade possível ou processual, mais condizente com àquela estampada nos autos e nas provas produzidas de acordo com as regras do jogo do que com a própria realidade.

Diz-se também como o faz Ferrer Bestrán de *“verdade como correspondência”*, para ele se *“p está provado”*, *“há elementos de prova suficientes a favor de p”*, o que significa dizer que uma hipótese fática provada não necessariamente é verdadeira²⁵⁵. Ele também ensina que na busca estatal pela verdade é preferível o realismo do modelo acusatório, que admite a limitação da busca da verdade, que será sempre relativa, do que a perigosa utopia do modelo inquisitório, em que tudo é justificado para se atingir uma verdade absoluta.²⁵⁶

Para, Carrara, citado por Ibàñez, as garantias do acusado são regras processuais criadas para frear a violência dos juízes e assegurar a obtenção da verdade por procedimentos racionais²⁵⁷.

A verdade processual é assim, muito mais limitada que a chamada verdade material, no entanto é capaz de produzir resultados mais fiéis à realidade por ser obtida mediante métodos racionais e controláveis.

O CPP italiano de 1988 eliminou a repetida busca pela verdade material

²⁵⁴IBÀÑEZ, Perfecto Andrés. Prueba y convicción em el processo penal, 1ª ed, Buenos Aires: Hammurabi, 2009, pp. 183/184.

²⁵⁵BELTRÁN, Ferrer. Prova e verità nel diritto. Tradução de Valentina Carnevale, Bologna: Il Mulino, 2004, p. 39.

²⁵⁶FERRU, Paolo. Contradditorio e verità nel processo penale, in Studi sul processo penale, II, Anamorfosi del processo accusatorio, Torino: Giappichelli, 1992, p.49.

²⁵⁷IBÀÑEZ, Perfecto Andrés. Prueba y convicción em el processo penal, 1ª ed, Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 185.

como uma das finalidades do processo, ao contrário de Portugal que eliminou a instrução judicial, mas manteve a busca pela verdade na lei de regência (art. 340, 1, do CPP)²⁵⁸. Também a Alemanha mantém no StPO, o § 244 (2) que diz: *“a fim de estabelecer a verdade, o tribunal deverá, proprio motu (por iniciativa própria), estender a obtenção de provas a todos os fatos e meios de prova relevantes à decisão”*²⁵⁹.

O ordenamento alemão possui um traço inquisitório marcante decorrente do sistema misto, ali prevalece a crença na verdade material como objetivo fundamental do processo penal, o que representa sérios obstáculos à aceitação de regras de exclusão²⁶⁰. Não obstante, na década de 1960, o BGH emitiu duas decisões importantes excluindo provas obtidas com violação do direito à privacidade, fixando a orientação de que, no Estado de Direito, existem limites intransponíveis à busca da verdade no processo, o primeiro caso é conhecido como Caso do Gravador²⁶¹ e nele ficou assentado que *“não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo preço”* e, o segundo, como Caso do Primeiro Diário ²⁶², em que afirmou-se: *“o objetivo de esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalente do Estado”*²⁶³. Antes desses precedentes, os tribunais se abstinham de excluir provas que apesar de serem obtidas ilegalmente, tinham grande potencial heurístico²⁶⁴.

Kai Ambos, analisando a proibição probatória no processo penal alemão, afirma que ela entra em colisão com o princípio da investigação (§§ 155, II, 160 II, 244, II), na medida em que limita a atividade investigatória no esclarecimento dos delitos e impede que os tribunais valorem o conjunto de provas ilicitamente obtido, causando, com isso, uma verdade incompleta e com características fictícias, o que impõe seja a proibição probatória encarada como excepcional. Para ele, a proibição probatória confirma que a verdade processual não deve ser investigada a qualquer preço, devendo respeitar os direitos fundamentais individuais; e, por outro lado, ela contribui para a proteção da própria investigação da verdade, já que impede a utilização de informações incompletas e distorcidas

²⁵⁸ DEU, Teresa Armenta, op. cit., p. 27.

²⁵⁹ GLESS, Sabine. Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests, in Exclusionary Rules in Comparative Law, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 117.

²⁶⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1999, p. 256.

²⁶¹ BGHSt 14, 358 (14.06.1960).

²⁶² BGHSt 19, 325 (21.02.1964).

²⁶³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988, p. 256.

²⁶⁴ GLESS, Sabine, op. cit., p. 124.

pelo uso de meios de prova com natureza inquisitiva²⁶⁵.

Marco Antônio de Barros, ao tratar do chamado princípio da verdade real

comenta:

O princípio era fim e não meio, visto que importava descobrir a verdade, a qualquer custo. Hoje, tal não sucede, pois não se pode perder de vista alguns parâmetros que regem a busca da verdade no moderno processo penal.(...) a investigação da verdade não pode invadir a órbita da imoralidade a pretexto de transformar-se, ela própria, no objetivo supremo do processo penal. (...) Na realização da justiça não se compreende a subversão de preceitos morais condizentes com os direitos e garantias individuais nomeados pelo Direito Constitucional²⁶⁶.

Com efeito, a afirmação dos direitos fundamentais própria de um Estado Democrático de Direito exige a proibição de excesso tanto na produção de leis quanto na sua aplicação, de modo que não se pode buscar a verdade dos fatos a qualquer custo com a violação desses direitos, até porque a chamada (e superada) verdade real é fictícia, diante da falibilidade humana e da precariedade do seu conhecimento.

A inadmissibilidade da prova para a proteção do direito material é, entre nós, estabelecida pelo próprio texto constitucional (art. 5º, LVI) e visa à tutela de valores estranhos à economia interna do processo, revelando que o objetivo de apuração da verdade processual deve conviver com os demais interesses protegidos pela ordem jurídica, a fim de não causar desagregação social, mas promover a pacificação dos conflitos²⁶⁷.

A prova judiciária, como ponderou Paul Foriers, permite estabelecer uma coexistência entre o interesse da sociedade e o interesse da verdade. Seria inconcebível, que o Estado, para impor a pena, utilizasse métodos que não levam em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em consequência, a legitimação de todo o sistema punitivo²⁶⁸.

²⁶⁵ Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización. Política criminal nº 7, 2009, AI-7, p. 8.

²⁶⁶ A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 36 e 37.

²⁶⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988, in Os 10 anos da Constituição Federal, São Paulo: Atlas, 1999, p. 253.

²⁶⁸ FORIERS, Paul, 1981, p. 329, apud GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 38.

2.5 Do direito de ação e do direito à prova

Como manifestação do Estado de Direito, regido pelo princípio da legalidade e pela atuação do Poder Judiciário como guardião do que estabelecido nas leis, a Constituição Federal brasileira previu o direito de ação (art. 5º, XXXV, da CF), exercido em um devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), cuja maior garantia é o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), do que decorre o chamado direito à prova.

Por conseguinte, o direito à prova é imanente ao exercício efetivo do contraditório. Na medida em que o nosso modelo processual não é decisionista, mas cognitivo, o abandono do modelo baseado no poder para àquele que trabalha com o saber impôs ao julgador trabalhar com provas, advindo daí a necessidade de motivação das decisões, cabendo às partes o direito de, por meio da produção probatória, influir no convencimento do julgador, posto que uma decisão fundada em provas será verdadeira e, por isso, justa²⁶⁹.

No que toca a natureza do direito à prova, tal qual no Brasil, prevalece no direito comparado o entendimento de que ele decorre da própria Constituição, ainda que indiretamente, seja pela previsão do direito de defesa, do direito ao contraditório ou do devido processo legal.

Segundo Michele Taruffo²⁷⁰, a atuação do princípio do contraditório na produção da prova deve se dar em três momentos: por ora da admissibilidade do material probatório, sobre a formação da prova e, finalmente, sobre a valoração da prova pelo juiz.

Discorrendo sobre o tema, Antonio Magalhães Gomes Filho, em sua obra clássica assume essa posição e resume o posicionamento de outros doutrinadores:

O atual texto, além de consagrar as tradicionais cláusulas do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV), também assegura o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) e a presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), dos quais também se extrai o direito de defender-se provando, que não somente é pressuposto de um processo justo e equitativo, mas também condição indispensável para que se possa obter, validamente, a prova da culpabilidade.

[...]

Para o processo penal, a igual entendimento chegaram Ada Pellegrini Grinover, ressaltando ser tal direito “aspecto insuprimível das garantias da defesa e do contraditório”, Rogério Lauria Tucci, que afirma ser insito à contraditoriedade da instrução criminal o “direito à prova legitimamente obtida ou produzida” e Greco

²⁶⁹GOMES FILHO, Antonio Magalhães, Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988, in Os 10 anos da Constituição Federal., São Paulo: Atlas, 1999, p. 250.

²⁷⁰La prova dei fatti giuridici, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1992, p. 401/408.

Filho, para quem o contraditório, como instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa consiste praticamente em (...) “poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas”; (...).²⁷¹

Como dito, a Constituição Federal brasileira vigente adotou um modelo garantista de processo penal e, portanto, não contempla a ampla acusação, mas a ampla defesa; não por isso ambas as partes, acusação e defesa, têm direito à prova de suas alegações, muito embora como homenagem ao princípio da igualdade, permita-se uma maior participação defensiva no processo a fim de equalizar a desigualdade causada pelo aparato estatal disposto pelo Ministério Público.

A limitação do direito à prova decorre da leitura do direito processual sob a ótica do direito constitucional, leitura essa que impôs severas críticas ao chamado princípio da verdade real no processo penal, deixando a verdade real de justificar a colheita de qualquer prova, já que o ordenamento jurídico inserido em um Estado Democrático de Direito exige o desenvolvimento do processo dentro de regras morais e das garantias constitucionais estabelecidas.

Como se vê, o direito à prova não é absoluto, sua produção é limitada aos meios legais e moralmente legítimos, sendo sua admissibilidade em juízo reduzida àquelas provas lícitamente produzidas. Assim que o debate sobre a inadmissibilidade de provas no processo penal não recebia o mesmo destaque que hoje recebe, os dogmas do “livre convencimento do juiz” e da “verdade real” que antes justificavam a consideração de quaisquer provas cederam espaço ao longo do tempo à preservação dos direitos e garantias individuais historicamente conquistados, a verdade a qualquer custo cedeu lugar à moral e à ética estatal na condução do chamado direito de punir.

Aliás, os fundamentos do próprio sistema acusatório impõe que a matéria probatória seja orientada por um senso ético, pela dialética argumentativa e pela liberdade de valoração, trama essa que acaba por exigir a criação de diversas regras de exclusão de provas²⁷², a fim de manter a coesão dessa estrutura.

Por outro lado, a impossibilidade absoluta de fazer prova viola o direito de ação e de defesa. Todavia, a limitação probatória, geralmente, não impede o conhecimento de

²⁷¹ Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 80/81.

²⁷² BUZZELI, Silvia, Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto. In: UBERTIS, Giulio (org.). La conoscenza del fatto nel processo penale. Milano: Giuffrè, 1992, p. 82-83.

um fato, mas apenas que o Estado siga por determinada via, sendo possível que se produza a prova sobre a qual se funda a pretensão de outras formas legítimas²⁷³. Tal é o caso de um assassino em série cuja suspeita se pretende afastar com a coleta forçada de material genético para confronto, alegada como única forma de meio de prova, que poderia ser perfeitamente obtida mediante o cumprimento de mandado de busca e apreensão em sua residência com a coleta de material de uso pessoal descartado.

Nesse sentido que os limites probatórios têm fundamentos processuais (epistemológicos) ou extraprocessuais (políticos), sendo exemplo do primeiro caso as provas impertinentes ou irrelevantes ou até mesmo a forma imposta à prova de determinado fato, como o exame de corpo de delito e, do segundo (fundamentos políticos), o impedimento de que se introduza no processo provas obtidas com violação de direitos fundamentais²⁷⁴. O direito à prova é assim um direito a todas as provas que não contrariem o ordenamento jurídico²⁷⁵.

Ciente disso, não se pretende questionar a importância ímpar dessas regras de exclusão, nem mesmo fechar os olhos para o perigo que a relativização indiscriminada delas pode representar para os direitos individuais, pretende-se justamente o oposto, apontar critérios objetivos que permitam uma utilização pontual e segura de provas consideradas ilícitas quando as circunstâncias do caso concreto apontarem para a irrazoabilidade do seu descarte.

²⁷³“*Todos los grupos de prohibiciones de prueba que hemos mencionado, por distintos que sean en su origen y alcance, tienen en común sin excepción que son prohibiciones relativas, es decir, no le cierran definitivamente a los tribunales el acceso a los hechos, sino el camino que de una u otra manera lleva a ellos, para decirlo sin metáforas, vedan uno u otro medio de prueba. Fuera de los medios de prueba prohibidos, existen otros medios, permitidos, con los cuales la administración de justicia puede llegar al esclarecimiento necesario*”. In Beling, Ernest von, *Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal*. In *Las Prohibiciones Probatorias*, Ernest Beling, Kai Ambos y Óscar Julián Guerrero, Bogatá: Editorial Temis, 2009, pp.34/35.

²⁷⁴GOMES FILHO, Antonio Magalhães, 1997, p. 251.

²⁷⁵GOMES FILHO, Antonio Magalhães, 1997, p. 93.

TERCEIRO CAPÍTULO

A regra de exclusão no direito comparado

3.1 Notas introdutórias

A tessitura da ideia central pressupõe uma compreensão aprofundada da base teórica que sustenta a regra jurídica de inadmissão das provas obtidas ilicitamente no direito estrangeiro, e nesse aspecto, os países se dividem entre aqueles que seguem a tradição jurídica anglo-americana (*common law*) e a tradição jurídica europeia ou tradição romano-germânica (*civil law*), para tanto discorrer-se-á brevemente sobre a origem conceitual da prova ilícita nos Estados Unidos da América e na Alemanha.

Desde já é possível encaminhar a leitura para algumas conclusões.

O sistema americano não dispôs inicialmente de uma regra de exclusão, regulava os meios de prova e de sua obtenção, e valorava as ilicitamente produzidas determinando a punição dos infratores (*male captum bene retentum*)²⁷⁶ e, o europeu (com exceção do Reino Unido) retratado aqui pela Alemanha, preocupava-se mais propriamente com a legalidade em si, as provas deveriam ser obtidas seguindo os modelos legalmente estabelecidos, eram expoentes da legalidade penal, sendo as obtidas fora dos parâmetros consideradas nulas²⁷⁷.

A matéria não é tratada em nenhum dos dois países no âmbito constitucional.

A principal tarefa das regras de exclusão na Alemanha - em contraste com a doutrina norte-americana - não é exercer disciplina sobre as autoridades policiais²⁷⁸, mas ser

²⁷⁶ A expressão quer dizer que uma prova mesmo colhida ilicitamente deveria permanecer nos autos, devendo o infrator ser punido. Essa prática vigorou até o caso *Weeks* quando se reagiu ao fato de que a punição não ocorria.

²⁷⁷ DEU, Teresa Armenta. *La prueba ilícita* (un estudio comparado). Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 25.

²⁷⁸ GLESS, Sabine. *Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests*, in *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 120/121. A afirmação é

“meios processuais de imposição da tutela de direito material”²⁷⁹, é a defesa da legalidade estrita que fundamenta as regras germânicas e não as razões de utilitarismo estatal do direito estadunidense²⁸⁰.

No Brasil, a doutrina e a jurisprudência, cuja atuação culminou com a inclusão da regra da inadmissibilidade no texto constitucional de 1988, inspiraram-se, sobretudo nas exceções legais, na *exclusionary rule* do direito norte-americano e, quanto ao uso da teoria da proporcionalidade para excepcionar a aplicação dessa regra, no direito alemão.

3.2 Estados Unidos

3.2.1 Origem: De *Weeks v. U.S.* a *Mapp v. Ohio*

Fremont Weeks foi preso pela polícia de Kansas City (Missouri), em 21 de dezembro de 1911, por utilizar o sistema dos correios para distribuir bilhetes de loteria, o que constituía crime à época. Diversos documentos foram apreendidos na residência de Weeks por agentes policiais sem mandado judicial, um vizinho informou-lhes o esconderijo das chaves e por duas vezes o imóvel foi objeto de busca e apreensão sem autorização judicial. O caso *Weeks v. United States* chegou em 1914 à Suprema Corte Norte-Americana que absolveu Weeks pela proteção constitucional da Quarta Emenda, excluindo as provas ilícitas (*exclusionary rule*) que sustentavam a condenação.

correta se o termo autoridades policiais for compreendida de modo amplo para abranger o próprio governo e suas agências de controle, não se trata de controle individual, mas institucional, conforme se vê no caso Weeks. No mesmo sentido, BRADLEY, Craig M., “*The Exclusionary rule in Germany*” (1983). Articles by Maurer Faculty. Paper 956, em que se afirma: “*Most importantly, the principal focus of the German exclusionary decisions is not on deterrence, as has become the case in the United States*”. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/956>, p. 1035, IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *Prueba y convicción em el proceso penal*, 1ª ed, Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 193.

²⁷⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra, 1992, pp. 140/144.

²⁸⁰ Nos tribunais alemães, quando a polícia não atuar com coação ou fraude, mas violando regras processuais, como ao realizar uma busca sem mandado, as evidências não serão excluídas de imediato, o tribunal tentará encontrar o equilíbrio ideal entre a proteção dos direitos constitucionais do réu e os interesses de uma aplicação efetiva da lei, sem levar em consideração a legalidade da busca ou apreensão. A questão essencial se a polícia quebrou as regras, sempre presente nas audiências norte-americanas de supressão de provas, não se verifica nos tribunais alemães.

O Ministro Day, relator dos autos, lembrando a decisão tomada em processo pretérito (*Boyd v. U.S.*) também envolvendo a proteção da Quarta Emenda com base no *leading case* inglês *Entick v. Carrington*²⁸¹, julgado por Lord Camden, transcreve:

The principles laid down in this opinion affect the very essence of constitutional liberty and security. They reach farther than the concrete form of the case then before the court, with its adventitious circumstances; they apply to all invasions on the part of the government and its employees of the sanctity of a man's home and the privacies of life. It is not the breaking of his doors and the rummaging of his drawers that constitutes the essence of the offense; but it is the invasion of his indefeasible right of personal security, personal liberty, and private property, where that right has never been forfeited by his conviction of some public offense, it is the invasion of this sacred right which underlies and constitutes the essence of Lord Camden's judgment.²⁸²

Esse julgado da Corte Norte-Americana, reafirmando a proteção constitucional conferida aos cidadãos pela Quarta Emenda, estabeleceu a regra de supressão de provas, ainda que contundentes para a verdade dos fatos, se obtidas através de evidente abuso policial, assentando o entendimento de que ela não se direciona à má conduta individual dos agentes policiais, mas ao próprio governo federal e a suas agências.

Nos Estados Unidos, tradicionalmente, afirmava-se que o mau comportamento da polícia não justificava o afastamento da prova no processo, as regras de exclusão poderiam levar o oficial da lei a um demasiado zelo que constituiria perigo maior para a comunidade do que o próprio assassino sem castigo. Fleming e Wigmore, inspirados na concepção da verdade material, colocavam a reconstrução da realidade como diretriz maior do processo, entendendo que prescindir de provas pela mera existência de fraude em sua obtenção seria abrir mão voluntariamente de elementos de convicção relevantes para o justo resultado do processo, daí a norma “*male captum bene retentum*”²⁸³.

A inutilidade da prova foi admitida como reação a essa norma, o entendimento passou a ser o de que o custo social da liberdade de um culpado é admissível se necessário para fomentar o respeito às regras constitucionais de investigação para toda a sociedade²⁸⁴.

²⁸¹ [1765] *WHC KB J98*.

²⁸² 232 U.S. 383. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/232/383>>. Acesso em 11 de janeiro de 2019.

²⁸³ AVOLIO, op. cit., p. 52.

²⁸⁴ Em 1928, no julgamento do caso *Olmstead v. US*, o juiz Oliver Wendell Holmes, em seu voto divergente, diz: “É na verdade desejável que os delinquentes resultem descobertos e que qualquer prova existente seja utilizada para tal fim, mas também é desejável que o Governo não se coloque no mesmo nível, e pague por outros delitos, nem que estes sejam os meios para obter a prova dos investigados (...). É necessário eleger e,

No caso *Weeks* (1914), a Suprema Corte considerou um *prejudicial error* a admissão de documentos apreendidos na casa do acusado sem mandado judicial, sendo esse o primeiro julgado em que se fixou a inadmissibilidade das provas colhidas com abuso policial no trato das garantias fundamentais.

Entendeu-se que a busca e apreensão violou a IV Emenda que textualmente diz:

*O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade (probable cause) confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas.*²⁸⁵

Nesse julgado, observou-se que a mera previsão de sanções civis, penais e/ou administrativas não impedia a atuação ilegal da polícia, uma vez que os abusos eram cometidos na maioria das vezes contra pessoas de classes menos favorecidas, sem recursos financeiros para promover ações de ressarcimento ou, culturais, para reclamar a punição dos agentes, bem como que a repressão a tais abusos era feita pelos mesmos órgãos da persecução penal que colheram as provas ilícitas.

Pouco tempo depois, em 1920, notou-se que proibir o aproveitamento das provas ilícitas originárias não era suficiente para conter as violações praticadas pelos agentes policiais porque essa proibição era contornada com o aproveitamento das provas obtidas licitamente mas decorrentes daquelas. Foi aí que criou-se a ideia de contaminação, a fim de ampliar a regra de exclusão para alcançar, também, as provas derivadas da ilicitude originária.

O princípio da contaminação foi discutido pela primeira vez no julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. Inc. v. United States*²⁸⁶. E, em 1939, no caso *Nardone v. United States* a disseminada expressão *fruits of the poisonous tree*²⁸⁷ foi cunhada, cuja “justificação está relacionada não só a uma relação de causalidade entre as duas provas, mas

ao que a mim concerne, prefiro que alguns delinquentes escapem da ação da justiça, do que o Governo desempenhe um papel indigno”. 277 U.S. 438.

²⁸⁵ Texto traduzido disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf> .

Acesso em 06/09/2019. Parênteses nosso.

²⁸⁶ 251 U.S. 385 (1920).

²⁸⁷ 308 U.S. 338 (1939).

principalmente à importante finalidade do estabelecimento da regra de exclusão, que é a prevenção (*deterrence*) de ações ilegais das autoridades”²⁸⁸.

Voltando ao caso Weeks, a decisão não mencionou, contudo, as autoridades policiais dos estados federados, o que mudaria no julgamento de Mapp v. Ohio, julgado em 1961, foi o responsável por estender aos estados americanos a mesma proteção constitucional à privacidade reconhecida na *exclusionary rule* criada no julgamento do Weeks v. U.S., de 1914, alterando o entendimento firmado em Wolf v. Colorado, de 1949, de que a regra de supressão de evidências em violação à Quarta Emenda da Constituição não alcançavam as unidades da Federação.

A senhorita Dollree Mapp era funcionária de Shon Birns, indivíduo que dominava o setor de jogos ilegais de Cleveland, a polícia recebendo uma denúncia anônima de que um foragido por ataques a jogadores rivais estaria escondido na casa de Mapp vai até lá e pedem permissão para vistoriá-la, orientada por seu advogado, Mapp nega, já que não foi apresentado mandado judicial; horas depois, a polícia forjando um mandado invade o imóvel e apreende material obsceno na residência, o que levou Mapp a julgamento, após ter se recusado a depor contra seu patrão.

O juiz local entendeu que mesmo não havendo mandado de busca, a *exclusionary rule* do caso Weeks não se aplicaria aos estados, consoante o precedente de Wolf v. Colorado.

Chegando à Suprema Corte, invocou-se o quanto decidido no caso Marbury v. Madison²⁸⁹, argumentando-se que pelo fato de os Estados não terem avançado na questão de proteção da privacidade na atuação de seus agentes décadas depois do caso Weeks, persistindo em sua conduta inconstitucional, caberia ao Tribunal assegurar o cumprimento da norma, pelo que estendeu aos Estados a *exclusionary rule* como forma de evitar mais abusos.

Também nele afirmou-se que a exclusão probatória era o único remédio efetivo para prevenir condutas ilegais, rechaçando outros instrumentos alternativos como a ação civil por danos, a ação penal contra os policiais envolvidos ou o controle administrativo disciplinar exercido pela própria polícia²⁹⁰.

²⁸⁸GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Novas tendências em matéria de provas ilícitas. Relatório de síntese*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio (Orgs.). *Direito processual comparado. XIII World Congress of procedural law*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 616.

²⁸⁹Trata-se de precedente considerado o marco inicial do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário (cf. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137).

²⁹⁰ABELLÁN, Marina Gascón, *¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita*, p. 8. Disponível em: https://www.academia.edu/37823795/Libertad_de_Prueba_Defensa_de_la_Regla_de_Exclusi%C3%B3n_de_Prueba_Il%C3%ADcita.

A *exclusionary rule* a partir de 1961 passou a ser aplicada em todo o sistema de justiça penal americano.

Com apoio no fundamento da norma, o direito estadunidense valora normalmente a prova produzida ilicitamente pelo particular ou por estrangeiros, sem prejuízo da sanção que lhe caiba por essa violação, dirigindo-se, assim, a regra da inadmissibilidade exclusivamente ao Estado, como meio de contenção de abusos pelo poder público²⁹¹.

Nesse aspecto, com razão aqueles que veem a integridade judicial como base argumentativa do *deterrent effect*²⁹². A atuação dos agentes de investigação é, desse modo, concebida como atuação do próprio Poder Judiciário na fase pré-processual, posto que os juízes são os principais destinatários da prova. Não à toa, entre nós, a polícia investigativa é chamada de judiciária. A consideração da prova ilícita só seria antijurídica se fosse constatado abuso da autoridade pública na obtenção da prova, o que equipararia o Estado à figura do delinquente. A prova ilícita obtida pelo particular ou pelo estrangeiro, que não são agentes do Estado americano, não afetaria a chamada integridade judicial, uma vez que toda a ação estatal ocorreu dentro dos parâmetros legais.

Oportunas as razões trazidas por Perfecto Andrés Ibàñez para que as ilicitudes probatórias sejam direcionadas ao Estado, notadamente às autoridades policiais, diz ele:

*Es algo que, con mayor grado de probabilidad, acaecerá en el marco de las intervenciones de la Policía, donde las prescripciones legales de garantía están más expuestas al incumplimiento, por la habitual falta de transparencia, la unilateralidad de la actuación y su conocida incisividad. Pero no debe excluirse que los derechos fundamentales del imputado puedan resultar lesionados también con ocasión de alguna diligencia de investigación judicial o del fiscal*²⁹³.

Marina Gáscon Abellán destaca que o fundamento da regra de exclusão norte-americana, senão o único²⁹⁴, é o efeito dissuasório, e não um direito constitucional

²⁹¹ *Jacobsen vs. United States* 466 U.S. 109 (1984), a violação de embalagem realizada por uma transportadora privada de mercadorias que localizou possível droga contando o Departamento interno de drogas que realizou um teste na substância sem mandado, não viola a Quarta Emenda por seu caráter particular. *Verdugo-Urquidez vs. United States* 494 U.S. 259 (1990), uma busca e apreensão sem mandado e sem justa causa realizada no México, por autoridades locais, pode ser considerada em juízo já que da exclusão da prova não decorreria qualquer efeito dissuasório sobre a atuação da polícia norte-americana.

²⁹² DEU, Teresa Armenta, op. cit. p. 33/34.

²⁹³ IBÀÑEZ, Perfecto Andrés, *Prueba y convicción em el proceso penal*, 1ª ed, Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 190.

²⁹⁴ *United States v. Janis*, 428 US 433 (1976).

subjetivo do cidadão, sendo assim um instrumento processual de criação jurisprudencial desenhado para garantir os direitos fundamentais por meio do *deterrent effect*. A principal conclusão dessa observação é que inexistindo no país um direito fundamental que aloje a regra de exclusão, nada impede seja ela abandonada ou substituída, caso se mostre ineficaz ou menos eficaz que outros remédios²⁹⁵, o que foi inclusive debatido no caso *United States v. Calandra*, onde se afirmou numa evidente desconstitucionalização do instituto:

“The exclusionary rule, under which evidence obtained in violation of the Fourth Amendment or the fruits of such evidence cannot be used in a criminal proceeding against the victim of the illegal search and seizure, is a judicially created remedy designed to safeguard Fourth Amendment rights generally through its deterrent effect on future unlawful police conduct, rather than a personal constitutional right of the party aggrieved” (grifo nosso)²⁹⁶.

Como se verá mais a frente, essa corrente tem prevalecido na Suprema Corte dos Estados Unidos nos últimos anos, que vem afastando-se cada vez mais da orientação de respeito das regras constitucionais de investigação, focando tão somente no efeito dissuasório dos agentes policiais, na progressiva intenção de afastar o seu caráter constitucional, objetivando, com isso, a utilização da prova ilícita em tempos de alta criminalidade.

3.2.3 Fundamento da norma e âmbito de aplicação

O conceito de ilicitude probatória nos Estados Unidos é, assim, uma norma jurisprudencial, segundo a qual as evidências obtidas pela polícia mediante ações de investigação criminal que vulnerem direitos processuais constitucionais não poderão ser aportadas, nem valoradas, pelo juiz na fase decisória dos processos penais federais ou estaduais, para fins de determinação ou prova da culpa do réu cujos direitos foram violados²⁹⁷.

²⁹⁵ ABELLÁN, Marina Gascón, *¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita*, p. 9. Disponível em: https://www.academia.edu/37823795/Libertad_de_Prueba_Defensa_de_la_Regla_de_Exclusi%C3%B3n_de_Prueba_Il%C3%ADcita.

²⁹⁶ 414 US 338 (1974).

²⁹⁷ DEU, Teresa Armenta, op. cit., p. 35.

O fundamento da norma é desestimular, conter, prevenir a adoção de condutas ilegais pelos agentes policiais durante a persecução penal através da remoção do estímulo ao seu desrespeito, mediante a proibição do uso da prova obtida ilicitamente com violação de direitos fundamentais²⁹⁸.

Em regra, portanto, o conceito não se aplica aos particulares, nem a processos de outra natureza que não o penal²⁹⁹.

Nos casos cabíveis, a regra de supressão de evidências exige um juízo de ponderação de viés coletivo, há de se pesar o custo social de um julgamento com déficit valorativo com o benefício para a finalidade preventiva de desvios da conduta dos agentes do Estado. Não é a norma bastante em si mesma, a exclusão da prova deve efetivamente aprimorar de modo coletivo o respeito às garantias constitucionais.

Sendo assim, quando não constatado um desvio de conduta deliberado por parte dos agentes estatais a prova deve permanecer nos autos e o julgamento ser realizado com base em todas as evidências, uma vez que não houve a demonstração de prejudicialidade coletiva ao texto constitucional. É esse o raciocínio que sustenta a exceção de boa-fé, incidente sobre a prova diretamente produzida, ainda que com violação dos direitos individuais.

A Suprema Corte Norte-Americana trabalha entre esses eixos. Verificado o desvio consciente de conduta reconhece-se o benefício da decisão de supressão para evitar arbitrariedades, como se vê nos casos *Weeks* e *Mapp* e, ausente essa intenção, não se justifica que a decisão seja tomada em autos que não retratam a verdade, devendo a prova ser considerada, tese que prevaleceu em *Leon*³⁰⁰.

²⁹⁸Elkins v. United States., 364 U.S. 206 (1960).

²⁹⁹*Habeas corpus*, inclusive. Vide, BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. *Criminal Procedure: Examples and Explanations*, 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2004, p. 235. Também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 205, jul./set. 1996), p. 84: "... naquele país, a exclusionary rule só se aplica normalmente contra a autoridade pública (não quanto a eventuais infratores particulares), e no terreno penal: em feitos de outra natureza, a ilicitude na obtenção não impede a utilização da prova, salvo casos excepcionais, como a de processo destinado à imposição de sanção administrativa grave ...".

³⁰⁰Em Julho de 1984, no caso *U.S. v. Leon*, a Suprema Corte Norte-Americana criou a *good faith exception* como forma de exceção da regra de exclusão de provas obtidas em afronta à Quarta Emenda, ao argumento de que a *exclusionary rule* em questão foi instituída para salvaguardar o conteúdo das garantias constitucionais que protegem o cidadão de violações arbitrárias praticadas por agentes públicos (*deterrent effect*), sendo injustificado a aplicação da regra sempre que essa dissuasão não for identificada, o que era o caso, já que quando a polícia realizou a busca e a apreensão acreditava que o fazia com base em um mandado válido.

3.2.4 Cenário atual: *Hudson v. Michigan*, *Herring v. U.S.* e *Kansas v. Ventris*

A jurisprudência norte-americana marcada pelas linhas fixadas nos casos *Weeks* e *Mapp* sofreu uma mudança significativa a partir de 2006 com o julgamento do caso *Hudson v. Michigan*³⁰¹, em que se decidiu pela manutenção de evidências obtidas em busca e apreensão domiciliar considerada inconstitucional por ter sido realizada sem observância do chamado *Knock-and-announce*, que até então era visto como uma parte necessária do padrão de razoabilidade das buscas e apreensões exigido pela Quarta Emenda, a exemplo do que foi decidido em *Wilson v. Arkansas* (1995)³⁰².

Ainda na primeira instância, o argumento de que a busca foi irrazoável devido ao fato de os policiais terem esperado apenas três a cinco segundos para adentrar a residência de Booker T. Hudson foi acolhido aplicando-se a orientação da Suprema Corte no caso *Wilson v. Arkansas* onde se decidiu, de forma unânime, que a Quarta Emenda exige dos agentes da lei bater e anunciar sua presença e esperar um tempo razoável (20 a 30 segundos) antes de entrar em uma habitação objeto de mandado de busca e apreensão.

Todavia, na Suprema Corte as evidências obtidas nessas circunstâncias foram admitidas e, a partir daí, passou-se a entender que a inconstitucionalidade era apenas uma condição, nem sempre suficiente, para a supressão, o que ficou conhecido como doutrina da conexão atenuada³⁰³. A supressão só seria realizada quando houvesse uma relação direta entre a ilegalidade produzida e a prova obtida³⁰⁴, a exemplo da confissão sob tortura. A inconstitucionalidade relacionada à falta de mandado judicial não poderia ser igualada àquela em que no cumprimento de um mandado a autoridade policial não espera tempo suficiente para adentrar a residência. Ficou assentado também que o efeito dissuasório deveria ser atenuado devido ao fato de que desde a década de 1960, quando a regra de exclusão foi criada, houve a expansão das ações por danos civis pelas ilegalidades cometidas por policiais, bem como o incremento do profissionalismo do policiamento americano, inclusive com o fortalecimento do sistema de responsabilização interno, o que *undercut the need* da medida de exclusão da prova³⁰⁵. O propósito da regra do *Knock-and-announce* é o de proteger a

³⁰¹ 547 U.S. 586 (2006).

³⁰² 514 U.S. 927 (1995).

³⁰³ DEU, Teresa Armenta, op. cit. p. 172.

³⁰⁴ O juiz Antonin Gregory Scalia relator da maioria (5-4) afirmou: “*Exclusion may not be premised on the mere fact that a constitutional violation was a 'but-for' cause of obtaining evidence. Our cases show that but-for causality is only a necessary, not a sufficient, condition for suppression. In this case, of course, the constitutional violation of an illegal manner of entry was not a but-for cause of obtaining the evidence*”.

³⁰⁵ SKLANSKY, David Alan, Is the Exclusionary Rule obsolete? *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 5, nº 2,

privacidade e a dignidade dos cidadãos e a segurança dos policiais de retaliações motivadas por legítima defesa, mas não de proteger o interesse que alguém tenha de impedir que o Estado conheça ou obtenha provas objeto de um mandado judicial contra si. Não se cogitou nessa decisão a *judicial integrity*.

O argumento central da dissidência liderada por Stephen Gerald Breyer foi o *deterrent effect* que impediria o comportamento ilegal das autoridades policiais, uma vez que imunidades civis (*official immunity*) fragilizavam a punição pessoal civil pela conduta, além de o próprio Tribunal já ter delineado que a supressão da prova em casos de inconstitucionalidade só não se aplicaria se não fosse possível visualizar o efeito dissuasório e quando não se tratasse de processos penais.³⁰⁶

A tese vencedora na Suprema Corte nesse caso consagrou uma tendência, já sinalizada no caso Leon de 1984³⁰⁷, de desacelerar a aplicação da regra de exclusão a ponto de a doutrina norte-americana já tratar o “*futuro incerto da regra de exclusão*” ou o “*assalto contra a regra de exclusão*”³⁰⁸. A assunção da Presidência por *John Roberts* em 2005, um crítico explícito da regra de exclusão³⁰⁹, aliada a uma nova composição conservadora do tribunal, tem sido apontada como a causa da guinada paradigmática da regra no cenário americano³¹⁰.

Críticas contundentes foram feitas a essa decisão, uma mais especificamente ganhou notoriedade, trata-se do artigo *Thanks for Nothing, Nino* ³¹¹, publicado no *LA Times*, em 25 de junho de 2006, em que o criminólogo Samuel Walker, cujo trabalho foi referenciado pelo juiz Antonin G. Scalia no voto que representou a maioria, responde que suas conclusões sobre os efeitos benéficos da *exclusionary rule* sobre a atuação policial não poderia ser interpretada de pior maneira³¹².

2008, p. 568-569. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1138796. Acesso em 15/10/2019.

³⁰⁶ A regra só não se aplicaria: “(1) where there is a specific reason to believe that application of the rule would ‘not result in appreciable deterrence,’ or (2) where admissibility in proceedings other than criminal trials was at issue”.

³⁰⁷ Sob a Presidência de Warren Earl Burger.

³⁰⁸ DEU, Teresa Armenta. op. cit., p. 170.

³⁰⁹ Em 2006, no julgamento do caso *Sanchez-Llamas v. Oregon*, Roberts escreveu que a tinha inúmeras coisas negativas para dizer sobre a regra de exclusão, uma regra aplicada levianamente nos Estados Unidos e que, fora dele, era universalmente rejeitada. SKLANSKY, op. cit. p. 569-570.

³¹⁰ DEU, Teresa Armenta, op. cit. nota de rodapé 62, p. 170. Também, SKLANSKY, David Alan, op. cit., p. 570.

³¹¹ Disponível em: <https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2006-jun-25-oe-walker25-story.html>. Acesso em: 15/10/2019.

³¹² SKLANSKY, David Alan, op. cit., reafirma a melhora dos sistemas de controle interno da polícia, mas faz uma crítica ao exagero adotado por Scalia quanto ao nível dessa melhora seja internamente como em outros setores, como o judicial, entendendo ser insuficiente para causar efeitos no processo penal, como o abandono

Já em 2009, com o julgamento do caso *Herring v. US313*, outra exceção radical foi inserida no sistema.

Os fatos analisados pela Suprema Corte são resumidamente esses: Bennie Herring dirigindo seu veículo foi até o Departamento de Polícia de Coffee County, Alabama, a fim de tratar sobre uma caminhonete apreendida. O policial que o recebeu, Mark Anderson, pediu para que fosse verificado no sistema de mandados do Departamento se havia algo em aberto em nome de Herring, o funcionário responsável pelo sistema de mandados foi contatado no Departamento do Condado de Dale e informou a existência de um mandado pendente, Andersen então prendeu Herring e revistou seu veículo descobrindo ali armas de fogo e droga ilícita. Ocorre que quinze minutos depois, o funcionário de Dale retorna a ligação dizendo que houve um erro administrativo e que a execução do mandado havia sido suspensa há cinco meses antes.

Nele, a Suprema Corte decidiu admitir a discussão, embora não houvesse necessariamente uma violação constitucional, argumentando que a Quarta Emenda não exige a exclusão de provas e que *exclusionary rule* não se aplica a casos de negligência policial não deliberada, isso porque não se trata de uma garantia essencialmente individual e bastante em si mesma, sendo aplicável apenas quando servir como provável forma de prevenção no sentido coletivo. A corte validou assim as provas obtidas em decorrência de um mandado de prisão incorretamente registrado no sistema mantido pela polícia, mas cumprido de boa-fé por outro agente.

Duras críticas foram feitas à decisão, a negação do efeito persuasivo sobre a atuação policial poderia criar um duplo prejuízo: deixar sem proteção os direitos consagrados na Constituição e abrir uma via indenizatória, dando causa a uma atuação policial ineficiente³¹⁴.

Importante destacar que a decisão ressaltou que se a polícia agir imprudentemente na manutenção de um mandado no sistema ou ter realizado entradas falsas

da regra de exclusão de provas ilícitas; até porque foi justamente a aproximação da atuação policial com o Estado de Direito por meio dessa regra que propiciou as mudanças aludidas, cuja realidade demonstra serem ao contrário de profundas, incipientes. Tereza Armenta Deu também compartilha desse pensamento e afirma que o profissionalismo policial é desejável e factível, mas não tem erradicado práticas questionáveis e preocupantes, de modo que o efeito dissuasório não pode ser visto como supérfluo, o que é corroborado por pesquisas efetuadas pela própria polícia, vide op. cit., p. 173. O efeito dissuasório da proibição probatória foi estendido à utilização do conteúdo obtido porque, sem isso, o estímulo à adesão dos agentes de investigação seria diminuído pelo corporativismo. Sabe-se que a não inutilização da prova não nasce com a regra proibitiva, mas decorre dela como forma de criar uma vinculação maior à sua observância.

³¹³ 555 U.S. 135 (2009).

³¹⁴ DEU, Teresa Armenta. op. cit., p. 37.

nesse sistema de forma consciente para estabelecer as bases para futuras prisões ilegais, a exclusão das provas obtidas nesses casos encontraria justificativa.

Por fim, ainda em 2009, no julgamento do caso *Kansas v. Ventris*³¹⁵, a Suprema Corte admitiu declarações do acusado obtidas com violação do decidido em *Massiah v. United States*³¹⁶ – que assegura o direito de assistência de um advogado para que a polícia obtenha uma declaração incriminadora do investigado antes do processo.

Muito resumidamente, o acusado Donnie Ray Ventris e Rhonda Theel foram denunciados por homicídio e outros crimes. Antes do julgamento, um informante plantado na cela de Ventris o ouviu admitir que roubou, atirou e matou a vítima, mas no julgamento Ventris alegou que Rhonda Theel o teria feito. Quando o Estado então chamou o informante para testemunhar, a defesa de Ventris se opôs alegando que o direito de aconselhamento não foi respeitado e que as declarações dele ao informante não poderiam ser admitidas. A primeira instância entendeu que a declaração dada ao informante era admissível para fins de pôr em causa o depoimento de Ventris no julgamento. A Suprema Corte do Kansas reverteu a decisão entendendo que essa declaração não poderia ser usada em nenhuma circunstância. Por sua vez, a Suprema Corte dos Estados Unidos, afirmou que a declaração de Ventris, mesmo que provocada em violação à Sexta Emenda, era admissível para demonstrar a inconsistência de seu depoimento, posto que os interesses salvaguardados pela exclusão de evidências contaminadas para fins de contestar a integridade de um depoimento são superados pela necessidade de evitar perjúrios e garantir a integridade do processo de julgamento³¹⁷.

Como se vê, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem, nos últimos anos, caminhado para a consolidação do entendimento de que o fundamento da regra de exclusão não é o respeito aos direitos fundamentais, na progressiva intenção de afastar o seu caráter de regra constitucional³¹⁸. Esse processo tem sido denominado de “*norteamericanização da regra de exclusão*”, caracterizado pela constante elaboração de exceções que enfraquecem a garantia dos direitos fundamentais originalmente incorporados por ela³¹⁹ e, inclusive, ampliados pela teoria dos frutos da árvore envenenada.

³¹⁵ 556 U.S. 586.

³¹⁶ 377 U.S. 201 (1964).

³¹⁷ *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 488.

³¹⁸ BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. *Criminal Procedure: Examples and Explanations*, 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2004, p. 236.

³¹⁹ ESTRAMPES, Miranda, La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación, en *Jueces para la democracia*, 47, 2003, p. 54. apud Abellán, Marina Gáscon, *¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita*, p. 3/4. Disponível em: https://www.academia.edu/37823795/_Libertad_de_Prueba_Defensa_de_la_Regla_de_Exclusi%C3%B3n_de_Prueba_II%C3%ADcita .

No Brasil, diante da hialina redação do art. 5º, LVI e do fundamento diverso da regra constitucional, a transferência desse novo entendimento é tecnicamente impossível e, ainda que alterado o texto constitucional, há de se pensar se a realidade policial e judicial norte-americana é similar à brasileira a ponto de tornar o risco do afastamento da ilicitude probatória minimamente justificável.

3.3 Alemanha

3.3.1 Origem

Ernest Beling (1866-1932), em 1903, numa palestra intitulada em tradução livre “*As proibições de prova como limites para investigação da verdade no processo penal*”,³²⁰ foi o primeiro a utilizar a expressão “*proibição probatória*”, entendendo-a como exceção à regra de liberdade de provas e uma forma autoimposta pelo Estado de limitação do conhecimento que, por razões superiores, determinam que ele ignore determinado fato (proibições absolutas de prova) ou inadmita certos meios de prova (proibições relativas de prova). Explica o autor que essa proibição não se origina da prova em si, não guarda relação com a utilidade ou inutilidade de uma prova aos fins processuais, mas tem origem em razões externas ao direito probatório que impedem sua utilização por mais eficaz que um meio possa ser para provar determinado fato.

Nessa palestra, Beling na tentativa de sistematizar os motivos que levaram a lei a fechar portas de conhecimento aos juízes relaciona seis razões para proibir determinadas provas: I) o interesse superior do Estado, os interesses do serviço público e as relações de direito internacional; II) a consideração da posição privilegiada da monarquia e membros de sua família; III) a proteção à esfera da personalidade do indivíduo; IV) a proteção às relações de parentesco; V) a proteção aos segredos profissionais e VI) a proteção à propriedade privada.

No primeiro item, com suas três variações, colocam-se as questões da entrega de documentos oficiais e do interrogatório de funcionários do Estado alemão, ou de embaixadas, com relação às funções desempenhadas, essas pessoas poderiam prestar depoimento apenas com autorização dos superiores ou do país que representam, sendo negada

³²⁰ Las prohibiciones de prueba como limite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. In *Las Prohibiciones Probatorias*, Ernest Beling, Kai Ambos y Óscar Julián Guerrero, Bogatá: Editorial Temis, 2009, p. 03/56.

sempre que pudesse causar ao Reich, a algum Estado federado ou ao próprio Estado estrangeiro, algum prejuízo.

A segunda razão impede que a investigação avance quando chegar ao chefe de Estado e os membros de sua família. Trata-se de um privilégio da monarquia.

A personalidade do investigado e das testemunhas também deveria impor limites à atividade persecutória do Estado sempre que tocasse a dignidade humana e, em geral, a esfera da personalidade. Reflexo disso é a regra de proibição da tortura e àquela em que o investigado não é obrigado a contribuir com a investigação, mas deve, todavia, tolerar inspeções oculares, como revistas e fotografias, o Estado limitado sempre que a ingerência afetar a integridade corporal do investigado, mesmo que não importe nenhum dano permanente. Testemunhas também podem se recusar a falar sempre que a resposta a perguntas ou a entrega de objetos implicarem parentes expressamente designados na lei ou eles mesmos³²¹.

Outra proibição condicionada é àquela motivada nas relações de parentesco, o esposo, pais e filhos do acusado, por exemplo, tem o direito de negar-se a declarar, a investigação poderá ser arquivada com fundamento nesta proibição. Esclarece Beling, tal qual no parágrafo anterior, que não se trata de uma regra de prova baseada na desconfiança do declarante por seus vínculos com o investigado como ocorria no direito romano clássico; a teoria do direito alemão considera que os familiares devem ser submetidos a um tratamento especial por razões que tocam sua própria individualidade, já que colocá-los numa situação interna desagradável de contradição é motivo suficiente para o Estado renunciar ao meio de prova. Trata-se de uma proibição de prova relativa, já que querendo declarar a testemunha será ouvida, ainda que sem juramento.

Outras pessoas têm o direito a não declarar pelo dever de confidencialidade, são os padres, advogados, médicos, e todos aqueles que no exercício de uma profissão recebem informações numa relação de confiança que deve ser mantida, ainda que o profissional deixe seu ofício.

Por fim, a última razão justifica as proibições de prova relacionadas à garantia da propriedade privada que impõe limites à atividade investigativa sempre que o proprietário do bem não dá consentimento à ingerência estatal que altera a substância da coisa,

³²¹ “No se puede suponer que la personalidad acepte espontáneamente la humillación de denunciarse a sí mismo a un familiar”. Las prohibiciones de prueba como..., p. 19.

a inutiliza ou a expropria, a propriedade em princípio é inviolável.

Superadas as razões gerais para as regras de limites à atividade investigativa estatal, Beling afirma, em tradução livre, que:

Todos os grupos de proibições de prova, por deferentes que sejam em sua origem e alcance, têm em comum, sem exceção, que são proibições relativas, o que quer dizer que não impedem definitivamente aos tribunais o acesso aos fatos, apenas o caminho que de uma ou outra maneira leva a eles, vedam um ou outro meio de prova. Fora desses meios de prova vedados, existem outros meios, permitidos, com os quais a administração da justiça pode chegar ao esclarecimento necessário³²².

Ao lado das proibições relativas e completando o quadro panorâmico, Beling exemplifica a hipótese de uma proibição absoluta com a regra do então Código de Processo Penal, § 251: “*las declaraciones de un testigo interrogado antes de la vista principal, que solo hiciere uso en la vista principal de su derecho de rehusarce a declarar, no pueden ser leídas*”³²³. A proibição vedaria não só a leitura do termo, como a exploração lateral do que ali consta, como a oitiva de pessoas a quem o depoimento foi feito, ou a utilização de documentos referidos nas declarações.

O cuidado dessa ponderação, afirma Beling, deve ser observado especialmente pelo legislador e sua equipe assessora, posto que em última análise são eles que criam disposições jurídicas duradoras que estabelecem o equilíbrio entre o interesse do processo penal e outros interesses. O juiz enfrenta o problema em menor medida³²⁴.

Beling exorta que no processo evolutivo das proibições probatórias será necessário um amplo trabalho científico que:

... en lugar de la casuística establezca sólidos principios generales para solucionar la cuestión de en que medida el interés del Estado para investigar la verdad plena en el procedimiento penal se superpone a otros intereses en conflicto provenientes del mismo Estado, de las municipalidades y de los particulares³²⁵.

E, para orientar a futura legislação, dá as seguintes diretrizes: i) a harmonia entre os princípios jurídicos que determinam a preponderância de um interesse em outros

³²² Las prohibiciones probatórias como..., p. 34/35.

³²³ Las prohibiciones probatórias como..., p. 35/36.

³²⁴ *Las prohibiciones probatórias como...*, p. 49.

³²⁵ *Las prohibiciones probatórias como...*, p. 47/48.

campos do Direito, e exemplifica, o que está permitido à política preventiva não poderá ser negado à polícia repressiva e à justiça penal; ii) uma proibição probatória deve considerar todos os meios de prova; iii) a permissão de um manejo diferenciado para casos sensíveis, o interesse estatal no processo penal não é uma grandeza constante, a prova no caso de delitos graves de capital importância pode ser menos limitada; iv) a consideração de que em inúmeros casos a solução entre o conflito de interesses poderá ser solucionado sem uma regra de proibição probatória, mas com a introdução de determinadas condições; v) quando o conflito envolver um interesse particular, há de se distinguir entre o interesse do imputado ou de terceiro, já que o imputado deve suportar maior ingerência estatal.

Kai Ambos, professor da Universidade de Göttingen, assim traduziu a lição de Beling:

“Existirá acuerdo en torno a que también el proceso penal debe tener en consideración la dignidad humana, y que consecuentemente de allí surge un conflicto insoluble entre dignidad humana e intereses del proceso penal, que conlleva a una prohibición de prueba. (...) Pero, aun dejando de lado la dignidad humana, la opinión moderna seguirá afirmando – y seguramente con razón – que la esfera de la personalidad de cualquier individuo debe ser asegurada ante la intervención estatal, también en el proceso penal”.³²⁶

Com o passar dos anos e a evolução doutrinária e jurisprudencial que passou a debruçar-se sobre a matéria, o conceito de proibição probatória adquiriu consistência. E, em 1950, o Código de Processo Penal alemão no § 136a trouxe dispositivo que consagrou os direitos fundamentais do investigado e o próprio Estado de Direito ³²⁷.

Resumidamente, esse foi o discurso que inaugurou, na Alemanha, a ideia conceitual da proibição probatória.

3.3.2 *Fundamento da norma e âmbito de aplicação*

³²⁶ BELING, Ernest. *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsfindung im Strafprozess*, Breslau: Schletter, 1903, nota nº 1, p. 37, apud AMBOS, Kai, “*Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización*”. *Política criminal* nº 7, 2009, AI-7, p. 2/3.

³²⁷ Ernest Beling, Kai Ambos y Óscar Julián Guerrero, *Bogatá: Editorial Temis, 2009*, Las prohibiciones probatorias, 2009, p. 62/64.

Como decorrência do desenvolvimento do sistema inquisitorial, as regras de exclusão de provas na Alemanha são consideradas “*meios processuais de imposição da tutela de direito material*”³²⁸

Na Alemanha, a matéria não possui previsões constitucionais e apenas poucos estatutos impõem explicitamente regras excludentes de prova. Além disso, não existe uma norma geral de exclusão que, por exemplo, tornariam inadmissíveis as provas obtidas ilicitamente.

Assim, na maioria dos casos, os tribunais têm de decidir, sem orientação legal, se a evidência coletada ilicitamente deve ser excluída ou não, orientando-se pela gravidade do fato e pelo peso da infração processual penal cometida ³²⁹. E, para isso, desenvolveram, com os doutrinadores locais, diversas abordagens para orientar esse processo decisivo que, só em último caso, diga-se, desde já, recorre ao princípio da proporcionalidade.

Quando as regras são previstas na lei são chamadas de regras legais excludentes ou regras de exclusão estatutárias (como é o caso do § 136^a do StPO) e, quando não são expressamente estabelecidas, são chamadas de regras de exclusão não padronizadas ou não escritas. As primeiras são simplesmente aplicadas³³⁰.

Além dessa classificação, há outra comumente utilizada que divide as regras de exclusão e, é importante notar que o termo regra possui nesse país significado aproximado ao nosso de norma, em duas classificações: a) regras de exclusão independentes (*selbständige Beweisverwertungsverbote*) ou regras excludentes obrigatórias (“*absolute Verwertungsverbote*”), cuja principal característica é a de que a exclusão não depende de má conduta de quem a obteve ou de violação de uma regra que regula a coleta de provas, incluem casos de violações graves a direitos constitucionalmente estabelecidos, como o direito à privacidade ³³¹, independentemente de terem sido obtidas ilegalmente, sempre levam à

³²⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra: Coimbra, 1992, pp. 140/144.

³²⁹ DEU, Teresa Armenta, op. cit. p. 57.

³³⁰ “Isto por que se deve partir da premissa de que a necessária ponderação, entre o interesse dos particulares atingidos pela medida e o da coletividade, foi levada a efeito pelo legislador, tendo, neste sentido, impregnado os dispositivos legais do direito da segurança pública (“*Sicherheitsrecht*”). Enquanto a norma legal não for ela própria desproporcional (e não há razão para que se parta desta presunção), há que se ter a administração como vinculada à ponderação levada a efeito pelo legislador”. SCHOLLER, Heirich. O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/459ac/45a1e/462fd?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>. Acesso em 10/08/2016.

³³¹ Ligado ao direito constitucional mais amplo do livre desenvolvimento da personalidade, GG, artigos 2 (1) e 1 (2).

exclusão da prova 332 e, b) regras de exclusão dependentes (*unselbständige Beweisverwertungsverbote*), que exigem a demonstração de violação grave do regulamento da coleta de evidências, essa classificação inclui regras de exclusão estritas ou absolutas, como é o caso do § 136^a do StPO, bem como regras de exclusão relativas, em que são avaliados, com base em princípios constitucionais superiores, os prós e contras do afastamento da prova³³³, como nos casos de violação às regras processuais que regulam o direito de recusar testemunho³³⁴.

Outra classificação comumente encontrada na doutrina é aquela que divide a proibição probatória em proibição de produção (*Beweiserhebungsverbote*) e de utilização (*Beweisverwertungsverbote*).

A proibição de produção regula ou limita o modo de buscar a verdade, limitando o conhecimento sobre determinados fatos (*Beweisthmenverbote*), sendo exemplo os segredos oficiais; os métodos de obtenção (*Beweismethodenverbote*), como a proibição de tortura e; determinados meios de provas (*Beweismittelverbote*), como determinados tipos de intervenções corporais³³⁵.

Por sua vez, a proibição de utilização refere-se ao uso judicial das provas que foram obtidas. Fala-se em um princípio de abstração ou separação que distingue de forma estrita entre a produção probatória e a utilização de provas com base na distinção do direito civil entre obrigação e cumprimento. Esta diferenciação deixa claro que a violação da produção não acarreta necessariamente na proibição de utilização, ela indica, mas não implica automaticamente a inutilização da prova.

Para que haja a inutilização de uma prova é necessária uma disposição legal expressa, tal qual o §136a do StPO, ou uma fundamentação teórica para as proibições de utilização não escritas³³⁶, nesse último caso, recorre-se a diversas teorias que serão tratadas

³³² BGHSt 14,538 (1960), BGHSt 19, 325 (1964), BGH NJW 2005, 3295 (2005) e BVerGE 109, 279 (2004).

³³³ GLESS, Sabine. *Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests*, in *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 116.

³³⁴ A exemplo do § 52 StPO.

³³⁵ DEU, Teresa Armenta, op. cit., p. 55.

³³⁶ “En primer lugar, se deduce de esta diferenciación entre prohibición de producción y prohibición de utilización probatoria, que una violación de la producción no acarrea necesariamente una prohibición de utilización, como si sucede en el derecho italiano, sino que la transgresión em contra de una prohibición (primaria) de producción probatoria em el mejor de los casos indica – pero no implica automáticamente – la no utilización posterior”. “Las prohibiciones de utilización de pruebas em el proceso penal alemán”, cit, p. 67. Há consenso doutrinário quanto a essa distinção, vide AMBOS, Kai. *Las prohibiciones de utilización de pruebas em el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización*. 2009, p. 25.

mais a frente e, “*muito raramente, à teoria da ponderação de interesses*”³³⁷.

As proibições de utilização são resumidas naquelas que violam proibições probatórias de produção e nas que violam direitos fundamentais.

O exemplo mais proeminente para uma violação de um direito constitucional, que dá origem à exclusão de provas, baseado não no código de processo penal, mas na jurisprudência, é a violação do direito à privacidade com base em um conceito amplo de direitos individuais, incluindo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade³³⁸.

A doutrina e a jurisprudência distinguem também os conceitos de *Beweisverfahrensverbote*, consistente numa vedação probatória infraconstitucional que só pode ser arguida diretamente pela parte interessada contra os agentes públicos e o de *Beweisverfolgungsverbote*, como aquela relacionada com a esfera de direitos constitucionais ligados ao livre exercício da personalidade, em que por implicar a ofensa a valores superiores do ordenamento resulta na inadmissibilidade de qualquer prova direta ou indiretamente derivada do ato ilícito, sendo deduzida de ofício e em qualquer grau de procedimento, inclusive³³⁹.

Uma das poucas regras codificadas de exclusão é o §136a do StPO³⁴⁰, de acordo com esta disposição, a liberdade do acusado de decidir e de manifestar sua vontade não será prejudicada por métodos de tortura ou engodo, sendo consequência dessa prática que: “*As declarações obtidas que se houverem produzido transgredindo esta proibição, não poderão ser aproveitadas mesmo que o investigado autorize*”³⁴¹.

³³⁷ DEU, Teresa Armenta. op. cit., p. 55/56. No mesmo sentido, entendendo a aplicação do princípio da proporcionalidade como “*a sort of last resort*”, Gless, Sabine. Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests, in Exclusionary Rules in Comparative Law, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 117.

³³⁸ Extraído do art. 2 (1) da GG. Gless, Sabine. Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests, op. cit., p. 115/116.

³³⁹ GRINOVER, Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p.135.

³⁴⁰ “*Section 136a. [Prohibited Methods of Examination] (1) The accused’s freedom to make up his mind and to manifest his will shall not be impaired by ill-treatment, induced fatigue, physical interference, administration of drugs, torment, deception or hypnosis. Coercion may be used only as far as this is permitted by criminal procedure law. Threatening the accused with measures not permitted under its provisions or holding out the prospect of an advantage not envisaged by statute shall be prohibited. (2) Measures which impair the accused’s memory or his ability to understand shall not be permitted. (3) The prohibition under subsections (1) and (2) shall apply irrespective of the accused’s consent. Statements which were obtained in breach of this prohibition shall not be used, even if the accused agrees to their use.* Todas as disposições do StPO (Código de Processo Penal Alemão) podem ser consultadas em inglês no endereço <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=754>, de onde foi extraído o conteúdo referenciado em 08/08/19 às 13h19.

³⁴¹ É a tradução livre do § 136a III do StPO.

Comentando o dispositivo, Kai Ambos explica que há consenso sobre o fato de que a existência de uma proibição de utilização probatória independe de previsão legal, mas acrescenta que, todavia, se fosse exigido uma disposição legal expressa, ou seja, uma proibição de utilização codificada, “*esto implicaría la finalización de las discusiones político criminales y dogmático procesales de manera más bien rápida, puesto que las regulaciones de prohibición legalmente establecidas son, además de pocas, (relativamente) inequívocas*”³⁴².

Ainda hoje não se conseguiu em terras germânicas conduzir todas as proibições a uma ideia fundamental. Beling, à sua época, já alertava a necessidade de que no futuro “*no se podrá abandonar la tarea de buscar principios reguladores en lugar de la casuística desarrollada hasta hoy*”. Para tanto, distintas teorias surgiram no cenário alemão para solucionar de forma correta os conflitos de ponderação, sem que, contudo, tenham chegado a uma resposta satisfatória para todos os diferentes níveis desse problema.

Kai Ambos sintetiza todas elas em um artigo³⁴³.

A primeira delas, já ultrapassada e com curta duração no país, é a teoria do âmbito das esferas de direitos (*Rechtskreinstheorie*) que questionava apenas se a violação atingia substancialmente o núcleo do direito do investigado ou se a violação era periférica, de segunda ordem para ele, sem se importar com a natureza de direito fundamental dos direitos processuais do acusado, de importância destacada e sistemicamente reconhecida.

A teoria do fim de proteção da norma (*Schutzzwecklehre*) questiona se o sentido e o fim da norma processual infringida demanda explicitamente uma proibição de utilização. Parte-se, portanto, da existência de uma norma de proibição de produção probatória, sobre a qual recairá a análise do fim de proteção. Se ela tiver sido criada, para além de evitar a própria produção, para excluir do acervo probatório utilizável o resultado probatório obtido porque essa permanência aprofunda a violação do direito, deve a prova, então, ser inutilizada.

O exemplo dado por Kai Ambos para ilustrar a hipótese de aplicação requer uma explicação prévia. Entre nós, a regra do art. 206 do CPP dispõe que o familiar do acusado poderá negar-se a testemunhar se não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a

³⁴²Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán. Óscar Julian Guerrero (tradutor), in Las prohibiciones probatorias, Bogotá: Editorial Temis S. A., 2009, p. 70.

³⁴³Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización, Política Criminal, nº 7. 2009, A1-7, pp. 1/51.

prova do fato e de suas circunstâncias. Na Alemanha, um familiar deve ser informado sobre o seu direito de negar-se a testemunhar (§ 55 II) e, se não for advertido previamente e prestar testemunho, viola-se uma proibição de produção probatória; isso porque se entende como objeto jurídico de tutela da norma a pessoa da testemunha em si que não deve ser posta em uma situação de contradição interna e desagradável, sendo melhor renunciar ao meio de prova do que expor um familiar à tentação de cometer perjúrio para ajudar seu parente próximo. 344

Pois bem, como exemplo de aplicação da teoria do fim de proteção da norma, Alexy, partindo de um depoimento tomado sem a advertência prévia, pergunta se a norma do § 55 II serve apenas para proteger a testemunha ou se tem por objeto também a proteção do acusado frente a eventuais afirmações falsas do familiar, fundamentando-se com isso a proibição de utilização dessa prova contra o acusado. Kai Ambos deixa a pergunta aberta, mas a julgar pelas considerações de Beling, a prova poderia ser utilizada.

Segue o autor explicando que essa teoria vai ao encontro da dominante teoria da ponderação (*Abwägungslehre*) que considera a gravidade do fato imputado que determina o interesse estatal de averiguação da verdade com a efetiva persecução penal e o peso da infração processual que, por sua vez, determina o interesse individual do cidadão. O Tribunal Federal no julgamento BGHSt 38, 2014, 219 s, decidiu que:

La decisión favor o en contra de una ponderación amplia. En ella se comprende el peso de la infracción procesal así como su importancia para la esfera legalmente protegida del afectado, lo mismo que el peso de la consideración, según la cual la verdad no debe ser investigada a cualquier precio. Por otra parte, hay que considerar que las prohibiciones de utilización inciden en las posibilidades de averiguación de la verdad y que el Estado, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, ha de garantizar con la Ley Fundamental una administración de justicia penal funcional, sin la cual la justicia no puede realizarse. Si la norma procesal que ha sido violada no favorece o no lo hace en primera línea al imputado, nos encontramos lejos de una prohibición de utilización; un ejemplo es la infracción contra el § 52 II StPO. Por otra parte, una prohibición de utilización se encuentra cerca, cuando la norma procesal violada esta determinada para asegurar los fundamentos de la posición procesal del imputado o acusado en el proceso penal.

Dispõe o § 52 II StPO sobre o direito de a esposa do acusado recusar-se a testemunhar, ainda que a relação matrimonial já tenha terminado.

³⁴⁴BELING, Ernest. Las prohibiciones de prueba como limite a la averiguación de la verdad en el proceso penal, in Ernest Beling, Kai Ambos y Óscar Julián Guerrero, Las prohibiciones probatorias, Bogotá: Editorial Temis S. A., 2009, p. 21/25.

Outros exemplos do mesmo Tribunal Federal são o caso BGHSt 42, 372, 377 (1997) em que se decidiu que as informações coletadas pelas agências de segurança pública por meio de escuta interna em um apartamento não poderiam ser usadas porque a autorização judicial fora dada para a coleta de evidências fora da residência. E, o caso BGHSt 44, 243, 248 (1998), onde a decisão permitiu que as informações obtidas após o prazo de três meses concedido para a escuta telefônica poderiam ser utilizadas como prova³⁴⁵.

A crítica que se faz a essa teoria é que ela contribui pouco para a segurança jurídica já que carece de fundamentação teórica sólida. Kai Ambos, citando Jäger, pontua que para ele haveria uma inflação dos parâmetros de ponderação e uma oscilação pouco técnica do Tribunal, de acordo com os casos apreciados, sem maior fundamentação³⁴⁶.

3.3.4 Cenário atual

Em se tratando de regras de exclusão não padronizadas ou não escritas, já que as escritas são aplicadas estritamente, a aplicação da exclusão de prova no sistema alemão atualmente é baseada em duas doutrinas constitucionais: a Rechtsstaatsprinzip e a Verhältnismässigkeit.

As evidências obtidas por meio de coação ou fraude devem ser excluídas sob o Rechtsstaatsprinzip (princípio de um estado governado pelo Estado de Direito) para preservar a pureza do processo judicial, independentemente de seu valor probatório ou da gravidade do crime.

Por outro lado, se o tribunal determinar que as provas em questão não foram apreendidas por meio de coação ou fraude, deve considerar então se a admissão delas viola os interesses de privacidade do réu protegidos constitucionalmente, sendo, nesse caso, realizada a análise sob a doutrina do Verhältnismässigkeit (princípio da proporcionalidade), em que os métodos usados no combate ao crime devem ser proporcionais “à gravidade da ofensa e à força da suspeita” e aos interesses constitucionais em jogo; os juízes equilibram, caso a caso, os interesses de privacidade do réu frente a importância das provas e a gravidade da infração praticada, para determinar se utilizarão ou não a prova, ainda que obtida

³⁴⁵ GLESS, Sabine. Germany: Balancing Truth Against Protected Constitutional Interests, in Exclusionary Rules in Comparative Law, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 127/128.

³⁴⁶ AMBOS, Kai. Las prohibiciones de utilización..., p. 28.

ilegalmente 347 . Se o resultado dessa ponderação concluir pela violação ao direito à privacidade, a prova será necessariamente excluída.

Na construção dessas teorias pelo Tribunal Constitucional Federal nas décadas de 60 e 70, dois casos destacam-se, o Caso do Primeiro Diário e o Caso do Gravador.

Embora admitindo a legalidade da apreensão de um diário entregue à polícia por um particular sem mandado judicial, o BGH, no julgamento do Caso do Primeiro Diário³⁴⁸, afirmou que “*o objetivo de esclarecimento e punição dos crimes é, seguramente, do mais elevado significado; mas ele não pode representar sempre, nem sob todas as circunstâncias, o interesse prevalente do Estado*”³⁴⁹, enfatizando que a baixa gravidade do crime de perjúrio era incapaz de justificar a violação à privacidade do acusado, o que recomendava a exclusão da prova. O mesmo mecanismo decisivo encontra-se no conhecido Caso do Gravador.³⁵⁰

Também o BverfG, na década de 70, aplicou a mesma lógica excluindo dos processos uma fita de gravação contendo uma conversa privada³⁵¹ e arquivos de uma clínica de reabilitação de drogas³⁵².

O Caso do Primeiro Diário ilustra bem a diferença de operabilidade das regras de exclusão nos sistemas americano e alemão. Nos EUA, o diário seria admissível porque foi obtido sem má conduta policial (a polícia recebera o diário da esposa do amante do réu, em cuja casa ele estava escondido), enquanto uma arma obtida de acordo com um mandado de busca cumprido com erro grave teria sido excluída. Na Alemanha, o diário foi excluído, enquanto uma arma apreendida ilegalmente seria admissível porque seu uso não interferiria no livre desenvolvimento da personalidade do acusado. Somente uma apreensão realizada com brutalidade ou engodo, que violasse os direitos constitucionais mais fundamentais do réu sob o Rechtsstaatsprinzip, resultaria na exclusão de uma arma. Em terras germânicas, um diário está sujeito a tratamento diferente, porque seu uso no tribunal constitui uma dura incursão na privacidade pessoal de um indivíduo, independentemente de ter sido obtido legalmente ou não³⁵³.

³⁴⁷ BRADLEY, Craig M., “The Exclusionary rule in Germany” (1983). Articles by Maurer Faculty. Paper 956, p. 1034/1042.

³⁴⁸ BGHSt 19, 325 (21.02.1964).

³⁴⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988., p. 256.

³⁵⁰ BGHSt 14, 358 (14.06.1960).

³⁵¹ BverfG 34, 238 (31.01.1973).

³⁵² BverfG 44, 353 (24.05.1977).

³⁵³ BRADLEY, Craig M., The Exclusionary rule in Germany (1983). Articles by Maurer Faculty. Paper 956, p. 1043/1044.

3.4 Panorama mundial

Poucas nações incluíram proibições probatórias em suas Constituições, o fizeram apenas Portugal, Brasil, Colômbia e México. A grande maioria dos países tem previsões legais ordinárias sobre a matéria, como Alemanha, Itália, Espanha, Chile, Argentina e Uruguai. Por fim, a França não dispõe de previsão normativa específica.

A seguir, serão traçadas algumas linhas sobre o tratamento da ilicitude da prova em outros países a fim de ilustrar a variação que se tem sobre o tema em ordenamentos jurídicos que não o alemão e o americano.

3.4.1 Itália

Na Itália, prevaleceu até 1973 uma lógica inquisitorial quanto à admissão de provas obtidas em desacordo com a lei, o juiz era livre para avaliar, bem como para produzir e admitir todas as provas consideradas importantes para o estabelecimento da verdade. Dessa forma, reconhecia-se a admissibilidade de provas ilícitas no processo diante do axioma *male captum, bene retentum*, que estampava o entendimento de que ainda que a prova tenha sido mal colhida do ponto de vista do direito material, deveria ser conservada no processo, salvo quando a lei processual prescrevesse expressamente sua inadmissão³⁵⁴.

A jurisprudência e a doutrina italianas resistiram a aceitar a aplicação da *inutilizzabilità* de provas prevista no código agora revogado, pois nele não havia uma disposição específica que funcionasse como regra geral de exclusão de evidências, por isso, as normas que dispunham sobre o assunto eram absorvidas pelas regras de nulidade, com a relativização que regula a matéria³⁵⁵.

A guinada foi dada em 06 de abril de 1973, quando a Corte Constitucional assentou a impossibilidade da utilização de provas obtidas com violação de garantias constitucionais, proferindo uma decisão inadmitindo informações obtidas em interceptações telefônicas realizadas sem prévia e motivada autorização judicial, essa orientação passou a ser

³⁵⁴Casos dos artigos 226 e 304, 4, do Código revogado.

³⁵⁵ILLUMINATI, Giulio. Italy: Statutory Nullities and Non-usability, in Exclusionary Rules in Comparative Law, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 236.

utilizada como parâmetro para a exclusão de provas inconstitucionais, vale dizer, aquelas que violaram direitos individuais previstos na Constituição como invioláveis³⁵⁶.

E, em 1988, com o novo Código de Processo Penal, houve a introdução do artigo 191 nas disposições gerais do livro da Prova: “*Art. 191 CPP (“Prove illegittimamente acquisite”): 1: “Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate”. 2: “L’inutilizzabilità” e “rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento”*”. A Lei nº 110, de 14 de julho de 2017, introduziu nesse artigo o ponto 2-bis: “*Le dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale*”³⁵⁷.

A crítica que se faz à redação legislativa é que ela refere-se genericamente a “*proibições estabelecidas na lei*”, sem definir o conceito de *inutilizzabilità* e suas implicações processuais. Todavia, reconhece-se o esforço para consolidar no país o princípio da legalidade da prova que restringe o conhecimento do juiz ao quadro probatório produzido de acordo com a lei ³⁵⁸, afinal “*The duty of uncovering crimes and defending society, while being constitutionally relevant values, should stand aside with respect to the method of doing so, when it is a matter of the protection of inviolable rights*”³⁵⁹.

O processo penal é dividido claramente em três fases, a preliminar (*indagine preliminare e udienza preliminare*), a de instrução (*dibattimento*) e a de julgamento (*giudizio*), com juízes distintos, inclusive.

Nesse contexto, a jurisprudência e a doutrina italianas passaram a distinguir entre *inutilizzabilità* patológica e *inutilizzabilità* fisiológica, com a primeira referindo-se a evidências proibidas incondicionalmente por violarem direitos fundamentais protegidos pela Constituição, e a segunda referindo-se à exclusão apenas na fase de julgamento de elementos de prova reunidos em violação do direito ao confronto³⁶⁰. A *inutilizzabilità* patológica é

³⁵⁶Corte cost., 6 de abril de 1973, n. 34, in Giur. Cost., 316 (1973), apud ILLUMINATI, Giulio. Italy: Statutory Nullities and Non-usability, in Exclusionary Rules in Comparative Law, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 236.

³⁵⁷Codice di procedura penale disponível em: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.presidente.repubblica:1988-09-22;447!vig=>. Consulta em 07/11/2019.

³⁵⁸Art. 526 (1) do Código de 1988: “*Il giudice non puo' utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento*”.

³⁵⁹ILLUMINATI, Giulio. Italy: Statutory Nullities and Non-usability, in Exclusionary Rules in Comparative Law, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 237 e 258.

³⁶⁰Cass. ss. un. June 21, 2000, Tammaro, In Cass. Pen., 3259 (2000). Galantini (1992, 5), Ruggieri (2010, 1833), Conti (2007, 18-25) e Scella (2008-481-482), apud Illuminati, Giulio. Italy: Statutory Nullities and Non-usability, in Exclusionary Rules in Comparative Law, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013,

absoluta, impede qualquer efeito processual da evidência, têm a função de proteger interesses externos ao procedimento (como direitos invioláveis) e é aplicável em todas as suas fases, incluindo a investigação preliminar e a audiência preliminar. A *inutilizzabilità* fisiológica é aplicada apenas na fase de julgamento e para a prova dos fatos³⁶¹ sendo, inclusive, renunciável pelas partes caso queiram abrir mão do contraditório na oitiva de testemunhas, ela visa eliminar meios de prova de pouca confiabilidade inerente, a fim de salvaguardar um método para formação das evidências e do conhecimento, por isso a proibição é limitada a um certo tipo de uso³⁶².

3.4.3 França

Em França não existe previsão normativa específica sobre uma regra de exclusão. A prova ilícita é regulada então por três princípios básicos: a) o princípio da liberdade probatória que confere ao juiz livre valoração da prova produzida e às partes a escolha livre dos meios de prova, b) o princípio da lealdade na obtenção da prova e c) o princípio de respeito aos direitos fundamentais.

Por conseguinte, no sistema processual francês provas obtidas ainda que sem violação dos direitos fundamentais, serão consideradas ilícitas se fizeram uso de mecanismos desleais ou estratégias poucos dignos. Teresa Armenta Deu conceitua a prova ilícita no país como *“aquela cuja obtenção tenha violado uma norma específica ou, na falta de tal norma, tenham sido cometidas violações a direitos fundamentais ou ao princípio da lealdade”*³⁶³.

Dada a falta de uma maior precisão legal no tratamento da matéria³⁶⁴, o ordenamento socorre-se do sistema geral de nulidades processuais para sancionar as provas consideradas ilícitas, havendo as nulidades textuais estabelecidas na lei, como aquelas concernentes à busca e apreensão (artigos 56 a 59, 76 e 95 a 96 do CPP) e à escuta telefônica de advogados sem informar o presidente do conselho de classe (artigo 107-7 do CCP) e, as

p. 249.

³⁶¹Sua utilização é tranquila para contraditar testemunhas, por exemplo.

³⁶²ILLUMINATI, Giulio. Italy: Statutory Nullities and Non-usability, in *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 248/250.

³⁶³DEU, Teresa Armenta, op. cit. p. 61.

³⁶⁴ O CPP francês não trata genericamente do tema em nenhum título, capítulo ou seção, havendo regras espalhadas nos tópicos sobre investigações pela polícia judiciária, exames preparatórios realizados pelos juízes da investigação ou jurisdição do tribunal. Vide, Pradel, Jean. France: Procedural Nullities and Exclusion, in *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 145/146.

nulidades substanciais, interpretadas a partir do art. 171 do CPP francês e relacionadas com os direitos de defesa e com o funcionamento do sistema judiciário, como a incompetência judicial.

A lacuna legal também atinge a jurisprudência que oscila frequentemente entre o interesse do Estado na investigação dos crimes e o interesse na proteção dos direitos fundamentais dos investigados³⁶⁵. Mesmo após o reconhecimento da ilicitude, a nulidade não é automática³⁶⁶, como bem dispõe a artigo 802 do CPP em tradução livre:

Art. 802. Em caso de violação de formalidades prescritas por lei sob pena de nulidade ou em caso de não cumprimento de formalidades substantivas, qualquer tribunal, inclusive o Tribunal de cassação, que seja apresentado a um pedido de anulação ou que apresente tal irregularidade por iniciativa própria, só pode declarar a nulidade se isso tiver prejudicado os interesses da parte interessada³⁶⁷.

Ocorre que na prática as provas ilícitas são admitidas no processo 368 , punindo-se, porém, os responsáveis pela sua produção. Antonio Magalhães Gomes Filho ao tratar da legislação inglesa e francesa alerta que se corre o risco de haver um verdadeiro incentivo da prática de ilegalidades, diante da menor expectativa que se tem sobre a efetiva punição dos produtores da prova, ainda mais quando a tal prova serve aos interesses da própria acusação³⁶⁹.

3.4.4 Portugal

O art. 32, nº 8, da Constituição Portuguesa de 1976, sob a rubrica “Garantias de processo criminal”, integrante da Parte 1: “Direitos e Deveres Fundamentais”, dispõe: “*São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na*

³⁶⁵ Cour de Cassation, de 27 de setembro de 1984, Bulletin nº 275 e Cour de Cassation, de 17 de setembro de 1996, Bulletin nº 316.

³⁶⁶ Cour de Cassation, de 15 de junho de 2000, Bulletin nº 229.

³⁶⁷ PRADEL, Jean. France: Procedural Nullities and Exclusion, in Exclusionary Rules in Comparative Law, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 149.

³⁶⁸ “*Generally, French law follows a policy of restricting nullities: the legislature has multiplied the hurdles to declaring nullities and judges follow this same paradigm*”. Pradel, Jean. France: Procedural Nullities and Exclusion, in Exclusionary Rules in Comparative Law, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 148.

³⁶⁹ Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 102.

correspondência ou nas telecomunicações”.

A Constituição Portuguesa é um caso raro, dentre as Constituições Europeias, que prevê a regra em seu texto, a maioria esmagadora delas tratam do tema sob o nível principiológico do devido processo legal ou apenas no âmbito infraconstitucional, coincidentemente a Carta é de 1976, dois anos após a Revolução de 1974 que pôs fim ao Estado Novo, regime político autoritário que vigorou ali por 41 anos ininterruptos.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 126, números 1 e 3, praticamente repete a norma constitucional.

Assim, tal qual na Constituição Brasileira, a regra de exclusão probatória constitui garantia individual de proteção dos direitos fundamentais.

O conceito restrito de prova ilícita de Nuvolone é apontado como o aplicado em Portugal, considerando-se que o gênero de prova ilegal (ou vedada) comporta as provas ilegítimas, cuja violação incide sobre norma processual e, as provas ilícitas, que violam normas de natureza material³⁷⁰.

O Tribunal Constitucional pratica a mesma distinção, no julgamento do Processo nº 192/2001 decidiu que: “*a par das proibições de prova [...] e atento ao primado da descoberta da verdade material, assume relevo a figura da invalidade, concebida como a principal sanção da inobservância das pertinentes disposições processuais*”, invalidades formais essas que são “*substancialmente diversas das nulidades enumeradas no artigo 32, nº 8, da CRP*”³⁷¹

Considerando a redação do dispositivo constitucional e a natureza dos direitos fundamentais em causa, a doutrina e a jurisprudência³⁷² distinguem a *absoluta* proibição de provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, objeto da primeira parte do artigo, da proibição *relativa*, determinada pelo uso do termo “abusiva” pelo constituinte na segunda parte dele, assim, para os casos de intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, quando a prova

³⁷⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra Editora: Coimbra, 1992, pp. 83/84.

³⁷¹ Publicado no Diário da República, II Série, em 17/07/2002.

³⁷² Tribunal da Relação do Porto, Processo nº 1516/08.6PBGMR.P1, Relator Joaquim Gomes, Data do acórdão: 09 de janeiro de 2013. <http://www.gde.mj.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/f3ee53553c2ec00680257b020040e3e3?OpenDocument>. Acesso em 02/03/2020. Também, Tribunal da Relação de Lisboa, Processo nº 1130/10.6YXLSB.L1-2, Relatora Teresa Albuquerque. Data do Acórdão: 26 de setembro de 2013. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/67ac59241f2f73e280257c5800565fcf?OpenDocument&Highlight=0,proibi%C3%A7%C3%A3o,de,prova>. Acesso em 02/03/2020.

poderá ser aceita desde que se mostre uma medida proporcional e adequada de acordo com as circunstâncias do caso concreto, o que é corroborado pelo teor dos artigos 26.º e 34.º da CRP.

A consequência prática dessa distinção é o entendimento de que na segunda parte do art. 32, nº 8, da Constituição portuguesa o constituinte deu autorização expressa para o legislador ordinário tipificar como válidos meios de prova *prima facie* conflitantes com alguns daqueles direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, restringiu a liberdade probatória aos limites da lei, afastando com isso a técnica de ponderação de interesses³⁷³.

Há alguns entendimentos que defendem que a regra de nulidade seja afastada em casos verdadeiramente extremos, “*quando o uso de determinados métodos represente o único meio de localizar ou evitar um dano maior, como um atentado ou massacre*”³⁷⁴

3.4.5 Espanha

O entendimento dominante na Espanha até 1984, com a marcante decisão do Tribunal Constitucional ³⁷⁵, era o da admissibilidade de qualquer tipo de evidência que pudesse ajudar na apuração da verdade dos fatos, descobrir a verdade era a preocupação central do processo, mesmo após a vigência da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882, na prática qualquer prova com potencial heurístico relevante era aceita pelos Tribunais³⁷⁶.

A *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882, ainda vigente, conhecida entre nós como LECrim e correspondente ao nosso Código de Processo Penal, é conhecida por ser muito progressista para sua época. Na Exposição de Motivos diz que é sagrado o interesse da sociedade de punir os infratores da lei, mas não menos sagrados são os direitos individuais, para afirmar que um dos objetivos do Código é:

corrigir os defeitos crônicos do nosso sistema tradicional de fazer justiça e entregar

³⁷³ MOURÃO, Helena, “O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, n.º4, Out-Dez 2006, pág. 575 a 620 apud SILVA, Sandra Oliveira e. Legalidade da prova e provas proibidas. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, n.º 4, 2011, pp. 545 – 591.

³⁷⁴ DEU, Teresa Armenta, op. cit., p. 39.

³⁷⁵ TC 114/1984.

³⁷⁶ WINTER, Lorena Bachmaier. Spain: The Constitutional Court’s Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing, in Exclusionary Rules in Comparative Law, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 232.

ao cidadão todas as salvaguardas necessárias para que, sob nenhuma circunstância, seus direitos individuais sejam sacrificados por um interesse erroneamente concebido pelo Estado³⁷⁷.

Esse código, contudo, não regulou de maneira ampla as proibições probatórias, só o fazendo pontualmente e em determinados procedimentos, como no art. 786.2³⁷⁸. Todavia, previu a necessidade de autorização judicial para o cumprimento de mandados de busca e apreensão.

Por sua vez, a Constituição Espanhola vigente, de 6 de dezembro de 1978, não trata da matéria específica, mas protege a dignidade humana, a integridade física e psíquica, bem como proíbe a tortura e qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante, abrindo caminho para que uma visão garantista no manejo da prova ganhasse espaço no país.

Mesmo assim, a aplicação de exclusão de provas só passou a ser efetivamente aplicada em 1984, com o julgamento do caso 114 pela Corte Constitucional que, influenciada pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, decidiu, em um processo trabalhista, que o respeito aos direitos fundamentais constituem um limite à perseguição da verdade material e ao interesse do Estado de fazer justiça e, a partir de então, a decisão tornou-se referência para a exclusão absoluta de provas obtidas com violação aos direitos fundamentais³⁷⁹.

Essa decisão inspirou a Lei Orgânica do Poder Judiciário, de 1985, para em seu artigo 11.1 prever a ausência de efeitos das provas obtidas com violação dos direitos ou liberdades fundamentais³⁸⁰, sendo a norma incorporada sucessivamente em outros diplomas, Ley de Procedimiento Laboral de 1995 (art. 90.1) e Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (art. 287).

A doutrina, com apoio do Tribunal Constitucional, distingue entre prova irregular e prova ilícita. A prova ilícita decorre da violação de direitos fundamentais e regula-se pela ineficácia própria do regime previsto no art. 11.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciária

³⁷⁷WINTER, Lorena Bachmaier. Spain: The Constitutional Court's Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing, in *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 210.

³⁷⁸Artículo 786.2. *El Juicio oral comenzará con la lectura de los escritos de acusación y de defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión de juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de la pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas. Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia.*

³⁷⁹WINTER, Lorena Bachmaier., op. cit., p. 215.

³⁸⁰DEU, Teresa Armenta, op. cit., p. 52-53.

(LOPJ), reservando-se às demais infrações o conceito de prova irregular e o tratamento das nulidades do art. 238.3 do mesmo diploma.

O conceito de direitos fundamentais para a caracterização da prova ilícita, ainda que com resistência de determinado setor da doutrina³⁸¹ e da jurisprudência, afasta aqueles de natureza ou âmbito processual normalmente relacionados ao direito constitucional a um julgamento justo com as garantias dispostas no art. 24 da Constituição³⁸².

Teresa Armenta Deu, professora da Universidade de Girona na Espanha, escreve:

A jurisprudência constitucional distingue, em função de que o direito fundamental lesionado seja ou não de conteúdo processual. A juízo do Tribunal Constitucional, segundo essa corrente, provocam ilicitudes as lesões de direitos fundamentais que não sejam de âmbito processual, quer dizer, a infração do art. 24 da CE na obtenção de provas não comportaria a ilicitude probatória no sentido estrito, mas somente uma infração processual que determinaria a nulidade das atuações, devido à potencial produção de falta de defesa. O resultado na prática, aparentemente, é o mesmo – a prova não será utilizada para fundar o julgamento de fato -, mas com a ressalva da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, que se reserva unicamente para a vulneração a direitos fundamentais e, ainda, assim, não em todas as hipóteses³⁸³.

Perfecto Andrés Ibáñez, aposentado recentemente como Ministro da Segunda Turma do Supremo Tribunal da Espanha, ao tratar das violações aos direitos fundamentais dos acusados, afirma:

A tenor de lo expuesto, es preciso afirmar que en la vigente disciplina constitucional del proceso, que es el referente de esta exposición, la vulneración de los derechos fundamentales del imputado implica no sólo irregularidad, por la ruptura de una particular forma legal, sino que, además, acarreará la degradación sustancial de la

³⁸¹ “La vulneración de derechos fundamentales puede tener lugar no solo en el momento de la obtención de la fuente de prueba sino también en el momento de su incorporación y producción en el proceso. Dentro de estas últimas se encuentran aquellas pruebas en cuya práctica no se han respetado las garantías constitucionales de contradicción, oralidad, publicidad e intermediación impuestas por el artículo 24.2 C.E., y conectadas con el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Dentro de la categoría de los derechos fundamentales debemos incluir tanto los denominados sustantivos como procesales, básicamente contenidos en el art. 24 del texto constitucional.” Manuel Miranda Estrampes, *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona: Bosch Editor, 2004, p. 52

³⁸² DEU, Teresa Armenta. op. cit., p. 553/54. também Winter, Lorena Bachmaier. *Spain: The Constitutional Court's Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing*, in *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 218. A autora afirma que a falta de uma clara distinção entre prova ilícita e prova irregular causa problemas na resolução da questão se a violação das regras processuais, que também violam os direitos fundamentais, deve ser tratada como nulidade processual ou como prova ilícita e inadmissível, p. 232.

³⁸³ Op. cit., p. 54/55.

*actuación, pues lo que quiebra no es sólo aquélla sino, mucho más y más profundo: el paradigma de legitimidad de la actuación del ius puniendi en cuanto tal. Con lo que la concreta intervención pasará a ser una pura vía de hecho, cuando no verdadera acción delictiva. Y esto, por elemental coherencia normativa, impone la inutilizabilidad radical del conocimiento así obtenido, como consecuencia ineludible*³⁸⁴.

Também, o Supremo Tribunal espanhol fez uma diferenciação interessante para determinar se uma busca deve ser considerada ilícita ou irregular, sendo o critério de discrimen justamente a violação direta a liberdades ou direitos fundamentais (objeto do art. 11.1 da LOPJ) ou a violação de outra regra processual. No TC 7310/1993, o Tribunal distinguiu uma busca realizada *sem* mandado judicial, que viola uma regra constitucional e leva à exclusão da prova pelo art. 11.1 da LOPJ, de uma busca feita *com* um mandado, mas violando outra regra processual, que seria tratada como uma nulidade³⁸⁵.

A Corte também, a partir de 1994, vem aplicando a teoria dos “*fruits of the poisonous tree*”³⁸⁶, ainda que bastante relativizada pelo conceito de nexo de ilegalidade³⁸⁷ ou conexão de ilicitude ³⁸⁸, cujos contornos, em apertada síntese, exigem que a prova derivada decorra efetivamente de uma fonte probatória obtida com “*violação a um direito fundamental reconhecido constitucionalmente, e não afetada simplesmente por irregularidade de caráter processual, por mais grave que seja*” e que a conexão entre elas não seja apenas causal ou fática, mas também ilícita, o que será determinado pela “*índole e características da vulneração original do direito fundamental, do resultado e das necessidades essenciais de tutela do direito fundamental afetado pela ilicitude*”³⁸⁹.

Nesse sentido, a conhecida doutrina espanhola da conexão de ilicitude (ou *antijuridicidad*), em voga após o TC 81/1998, incidente sobre as provas ilícitas indiretas, tem sido entendida como um mecanismo utilizado para atender a pressão social quanto ao aumento da criminalidade, afastando-se a conexão quando presentes duas perspectivas, uma interna e outra externa. A primeira exige que a prova derivada pudesse ser obtida normalmente por meios independentes da violação e, a segunda, que “*no sea muy necesaria*

³⁸⁴ IBÀÑEZ, Perfecto Andrés, *Prueba y convicción em el proceso penal*, 1ª ed, Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 190/191.

³⁸⁵ TC 7310/1993, *apud* Winter, Lorena Bachmaier. Spain: *The Constitutional Court's Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing*, in *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 218.

³⁸⁶ TC 84/1994.

³⁸⁷ TC 81/1998 e TC 1151/2002.

³⁸⁸ DEU, Teresa Armenta, *op. cit.*, p. 122/128.

³⁸⁹ DEU, Teresa Armenta, *op. cit.* p. 122/123.

*una contundente protección del derecho fundamental afectado por la ilicitud*³⁹⁰.

3.4.6 Atos e Tribunais Internacionais

Tanto a Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto à Convenção Europeia de Direitos do Homem, não trazem dispositivo específico quanto às proibições probatórias por entenderem que a matéria reserva-se ao direito interno.

Contudo, as decisões das Cortes ao tratarem das garantias judiciais mínimas (artigo 8º³⁹¹ da Convenção Americana), da proibição da tortura (artigo 3º³⁹² da Convenção Europeia) e do respeito à vida privada (artigo 8º³⁹³, também, da Convenção Europeia) tangenciam a questão probatória.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos vem se pronunciando sobre a

³⁹⁰ ABELLÁN, Marina Gascón, *¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita*, p. 11. Disponível em: https://www.academia.edu/37823795/Libertad_de_Prueba_Defensa_de_la_Regla_de_Exclusi%C3%B3n_de_Prueba_Il%C3%ADcita.

³⁹¹ 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do júízo ou tribunal;
b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

³⁹² “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

³⁹³ “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

prática de tortura, valendo destacar os casos *Tibi vs. Equador* (2004)³⁹⁴ e *Cantoral Benavides vs. Perú* (2000)³⁹⁵. No primeiro, a integridade pessoal de Daniel Tibi foi violada por agentes estatais no intuito de forçar uma confissão o que gerou a responsabilidade do Estado. No segundo, o Perú foi responsabilizado pelo reconhecimento de torturas físicas e psíquicas decorrentes da conduta de forçar uma confissão na fase pré-processual e, após a condenação, de impingir castigos outros que não a privação de liberdade ao acusado.

No caso *Manuel Manriquez vs. México* (1999)³⁹⁶, a Corte Interamericana faz um esclarecimento quanto à interpretação dada pelo Estado mexicano quanto à imediatidade processual na valoração de provas, enfatizando que declarações feitas pelo imputado só devem ser consideradas plenas quando realizadas perante o Juiz:

A experiência histórica tem demonstrado, fidedignamente, que atribuir efeitos probatórios às declarações extrajudiciais, ou realizadas durante a fase de investigação criminal, representa um atrativo ou incentivo à prática de tortura, enquanto a polícia prefere economizar esforços investigatórios e obter do próprio imputado a confissão dos crimes. Sobre o particular, a Corte Suprema de Justiça mexicana, inclusive, tem estabelecido que diante de duas declarações diferentes de um imputado deveria preponderar a primeira. Esta tese tem sido qualificada erroneamente no México, como a imediatidade ou imediação.

[...] a “imediatidade processual” deve ser concebida unicamente entre o Juiz e o processado, motivo porque devem ser afastadas as indevidas e erradas interpretações que incluem aquelas declarações em sede policial ou do Ministério Público, por não responderem ao próprio Juiz.

Por sua vez, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ou Corte Europeia dos Direitos Humanos (*European Court of Human Rights*), vinculada ao Conselho da Europa, orienta-se pelos parâmetros de que a violação às regras do direito interno sobre a admissibilidade de meios de provas deve ser feita pelo próprio país³⁹⁷, cabendo ao Tribunal a análise do conjunto probatório para avaliar a equidade ou justiça do processo. Nesse sentido, o cerne do exame não é a admissibilidade da prova ilícita, mas a possibilidade

³⁹⁴ Decisão disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em 18/11/2019.

³⁹⁵ Decisão disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf. Acesso em 18/11/2019.

³⁹⁶ Decisão disponível em: <http://cidh.org/annualrep/98eng/Merits/Mexico%2011509.htm>. Acesso em 18/11/2019.

³⁹⁷ Caso *Schenk vs. Suíça* (10862/84.1988): “*While Article 6 (art. 6) of the Convention guarantees the right to a fair trial, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law. The Court therefore cannot exclude as a matter of principle and in the abstract that unlawfully obtained evidence of the present kind may be admissible. It has only to ascertain whether Mr. Schenk’s trial as a whole was fair*”. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22schenk%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-57572%22%5D%7D>. Acesso em 20/11/2019.

de o acusado contestá-la e se opôr à valoração das informações dela decorrentes³⁹⁸.

No acórdão do caso *P.G. e J.H. vs. Reino Unido* (44787/98.2001), o Tribunal firma claramente que:

*The Court reiterates that its duty, according to Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention. While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law (see *Schenk v. Switzerland*, judgment of 12 July 1988, Series A no. 140, p. 29, §§ 45-46, and, for a more recent example in a different context, *Teixeira de Castro v. Portugal*, judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, p. 1462, § 34). It is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the alleged “unlawfulness” in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found³⁹⁹.*

A consideração da equidade processual, no tocante à prova, pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos é afastada quando a prova for obtida por meio de provocação policial⁴⁰⁰ ou por vigilância secreta irregular⁴⁰¹, que violem as regras internas ou a

³⁹⁸ Lee Davies vs. Bélgica (18704/05.2009): “*A cet égard, la Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, ce qui compte en pareil cas pour déterminer l’équité de la procédure, c’est la question de savoir si les droits de la défense ont été respectés. La Cour examine notamment si le requérant s’est vu offrir la possibilité de remettre en question l’authenticité de l’élément de preuve obtenu illégalement et de s’opposer à son utilisation. Lorsque la qualité de cet élément de preuve est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d’autres éléments à l’appui devient moindre (Bykov précité, § 90)*”. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2218704/05%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-93820%22%5D%7D>. Acesso em 20/11/2019.

³⁹⁹ Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2244787/98%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-59665%22%5D%7D>. Acesso em 20/11/2019.

⁴⁰⁰ Caso Teixeira de Castro vs. Portugal (25829/94.1998): “*In the instant case it is necessary to determine whether or not the two police officers’ activity went beyond that of undercover agents. The Court notes that the Government have not contended that the officers’ intervention took place as part of an anti-drug-trafficking operation ordered and supervised by a judge. It does not appear either that the competent authorities had good reason to suspect that Mr Teixeira de Castro was a drug trafficker; on the contrary, he had no criminal record and no preliminary investigation concerning him had been opened. Indeed, he was not known to the police officers, who only came into contact with him through the intermediary of V.S. and F.O. (see paragraph 10 above). Furthermore, the drugs were not at the applicant’s home; he obtained them from a third party who had in turn obtained them from another person (see paragraph 11 above). Nor does the Supreme Court’s judgment of 5 May 1994 indicate that, at the time of his arrest, the applicant had more drugs in his possession than the quantity the police officers had requested thereby going beyond what he had*

proporcionalidade de buscas e apreensões domiciliares⁴⁰², por meio de tortura ou outro tratamento degradante⁴⁰³ e que não respeitem o direito a não autoincriminação⁴⁰⁴.

A ingerência nos direitos fundamentais tem sido considerada válida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem quando há previsão legislativa suficiente no direito interno, prevendo os limites da atuação estatal, o controle interno dessa atuação e a punição dos abusos praticados, tais pressupostos foram fixados no julgamento do caso *Klass v. Reino Unido* (5029/71.1978) e, mais recentemente, lembrados em *Khan vs. Reino Unido* (35394/97.2000).

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional dispõe expressamente no art. 69 que:

been incited to do by the police. There is no evidence to support the Government's argument that the applicant was predisposed to commit offences. The necessary inference from these circumstances is that the two police officers did not confine themselves to investigating Mr Teixeira de Castro's criminal activity in an essentially passive manner, but exercised an influence such as to incite the commission of the offence. Lastly, the Court notes that in their decisions the domestic courts said that the applicant had been convicted mainly on the basis of the statements of the two police officers". Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%2225829/94%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-58193%22%5D%7D>. Acesso em 20/11/2019.

⁴⁰¹ *Khan vs. Reino Unido* (35394/97.2000), em que está posto: *The Court recalls, with the Commission in the Govell case (see paragraphs 61 and 62 of the report cited above), that the phrase "in accordance with the law" not only requires compliance with domestic law but also relates to the quality of that law, requiring it to be compatible with the rule of law (see the Halford v. the United Kingdom judgment of 25 June 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III, p. 1017, § 49). In the context of covert surveillance by public authorities, in this instance the police, domestic law must provide protection against arbitrary interference with an individual's right under Article 8. Moreover, the law must be sufficiently clear in its terms to give individuals an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are entitled to resort to such covert measures (see the Malone v. the United Kingdom judgment of 2 August 1984, Series A no. 82, p. 32, § 67). [...] "In the light of all of the above I find that the use at the applicant's trial of the secretly taped material, and his conviction on the basis thereof, conflict with the requirements of fairness guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention". Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%2235394%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-58841%22%5D%7D>. Acesso em 20/11/2019.*

⁴⁰² *Casos Funke vs. França* (10828/84.1993) e *Crémiex vs. França* (11471/85.1993), *Quinn vs. Irlanda* (36887/97.2000) e *Weh vs. Áustria* (38544/97.2004).

⁴⁰³ *Tomasi vs. França* (12850/87.1992) e *Selmouni vs. França* (25803/94.1999).

⁴⁰⁴ *Weh vs. Áustria* (38544/97.2004) em que: "The Court reiterates that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to silence and the right not to incriminate oneself are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. Their rationale lies, *inter alia*, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities, thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6 (see, *John Murray v. the United Kingdom*, judgment of 8 February 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I, p. 49, § 45). The right not to incriminate oneself in particular presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right in question is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 § 2 of the Convention (see *Saunders v. the United Kingdom*, judgment of 17 December 1996, *Reports* 1996-VI, p. 2064, § 68; *Serves v. France*, judgment of 20 October 1997, *Reports* 1997-VI, pp. 2173-74, § 46; *Heaney and McGuinness v. Ireland*, no. [34720/97](#), § 40, ECHR 2000-XII; [*J.B. v. Switzerland*, no. [31827/96](#), ECHR 2001-III], § 64), também *Shannon vs. Reino Unido* (6563/03.2006). Ambas as decisões estão disponíveis no sítio <https://hudoc.echr.coe.int/>.

Não serão admissíveis as provas obtidas como resultado de uma violação ao presente Estatuto ou das normas de direitos humanos internacionalmente reconhecidas quando: Essa violação suscitar sérias dúvidas sobre a confiabilidade das provas. Ou sua admissão atentar contra a integridade do julgamento ou resultar em grave prejuízo para o mesmo. O Tribunal, ao decidir sobre a pertinência ou admissibilidade das provas apresentadas por um Estado, não poderá se pronunciar sobre a aplicação do direito interno desse Estado.

Em tese dedicada às regras de admissibilidade de provas ilícitas no Tribunal Penal Internacional, Marcos Zilli afirma ser por demais litigantes as soluções dadas pelo Estatuto de Roma para a admissibilidade obtidas ilicitamente quando comparadas com a realidade jurídico-processual brasileira, sobretudo no que se referem à fixação de parâmetros mais elásticos para a admissão delas, como os critérios de confiabilidade e preservação da integridade do processo⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: regras de admissibilidade. 2006.

QUARTO CAPÍTULO

A regra de exclusão no Brasil

4.1 Do processo de consagração da norma

A consagração da regra no texto constitucional de 1988, primeira a tratar do assunto, foi resultado do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial das décadas anteriores sobre a limitação da atividade probatória, daí que a análise, ainda que sucinta, desse material é fundamental para o estabelecimento do objeto de tutela da regra entre nós, essencial para nortear a aplicação e, sobretudo, a interpretação dela.

Como anota Antonio Magalhães Gomes Filho, ainda em 1965, José Frederico Marques, e em 1973, Canuto Mendes de Almeida, já ensinavam sobre o devido cerceamento à liberdade investigativa quando atingidos direitos individuais e suas garantias⁴⁰⁶.

Contudo, o expoente maior da doutrina brasileira sobre o assunto foi a saudosa Ada Pellegrini Grinover⁴⁰⁷ que, à frente do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, conduziu inúmeros trabalhos, inclusive sumulados⁴⁰⁸, que culminaram no reconhecimento da norma, posteriormente alçada ao âmbito constitucional. Em um deles, de 1982, afirmou:

É inaceitável a corrente que admite as provas ilícitas no processo, preconizando pura e simplesmente a punição daquele que cometeu o ilícito (*male captum bene retentum*): significa ela, ao mesmo tempo, a prática de atos ilícitos por agentes

⁴⁰⁶ A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 85. p. 393-410. JUL-AGO/2010, p. 394.

⁴⁰⁷ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 75.

⁴⁰⁸ “Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material”, “São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa”, “Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa”. Súmulas 48, 49 e 50 do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, in GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 50.

públicos ou por particulares e compactuar com violações imperdoáveis aos direitos da personalidade⁴⁰⁹.

Na jurisprudência, pela primeira vez, o Supremo Tribunal Federal, em 1977, no julgamento do RE 85.439/RJ⁴¹⁰, determinou, em ação civil, o desentranhamento dos autos do processo de fitas gravadas clandestinamente pela mulher, já separada de fato, do marido, “*por não ser meio legal nem moralmente legítimo*”.

E, novamente em 1984, a Suprema Corte admitiu mandado de segurança determinando o desentranhamento dos autos de transcrições de diálogos mantidos entre cliente e advogado obtidos em interceptação telefônica clandestina, argumentando que a infringência á garantia constitucional do direito da personalidade e o moralmente ilegítimo processo de captação de prova lesivo a direito individual, tornaram-na inadmissível no processo judicial⁴¹¹.

A última decisão sobre a matéria dada sob a égide da Constituição anterior ocorreu no RHC nº 63.834/SP, julgado em 1986, que determinou o trancamento de inquérito policial fundado em gravações clandestinas, arguindo que os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito policial ou à ação penal por afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo das comunicações, objeto do art. 150, § 9, da Carta Política de 1967/12.

Note-se que o fundamento de todos os julgados tem relação direta com a violação de direitos fundamentais, não havendo menção ao desestímulo de condutas ilícitas por agentes do Estado, sendo irrelevantes questões como a natureza da ação, se civil ou criminal, e a qualidade do agente interventor, se público ou particular.

Não bastasse, essa preocupação em proteger o indivíduo de violações em seus direitos mais fundamentais ganhou força com os inúmeros abusos praticados contra os direitos fundamentais durante o período ditatorial no país (1964-1985), em que, muitas vezes, por razões meramente políticas e sem justa causa aparente, a obtenção e a utilização de informações dos cidadãos dava-se de forma arbitrária. Assim que a opção *tout court* do constituinte foi uma resposta direta aos abusos de poder praticados no período, visto que

⁴⁰⁹ Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 150.

⁴¹⁰ Supremo Tribunal Federal. RE 85.439/RJ, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. em 11.11.1977, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ DATA-02/12/1977.

⁴¹¹ Supremo Tribunal Federal. RE 100.094-PR, Rel. Min. Rafael Mayer, j. em 28/06/1984, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: DJ DATA-24/08/1984.

⁴¹² Supremo Tribunal Federal. RE 63.834/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. em 18/12/1986, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJ DATA-05/06/1987.

“naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação”⁴¹³.

Por conseguinte, a Constituição Cidadã, que emergiu do processo de redemocratização do país, fez a opção política de inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas no processo, inserindo a norma em posição de destaque no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, proibindo categoricamente sua utilização sem deixar margens ao legislador ordinário, postura que se coaduna com o contexto democrático de um Estado de Direito em que se reafirmam, a todo tempo, os direitos fundamentais⁴¹⁴. Assim, para além de configurar uma opção ética do Estado, a incentivar a observância das regras jurídicas, a regra do art. 5º, LVI, surge como verdadeiro reforço na proteção de tais direitos, sendo ela mesma uma garantia individual.

4.2. Do aprimoramento interno da regra constitucional

Com a nova Carta Política em vigor, o Supremo Tribunal Federal, *a fortiori ratione*, manteve o entendimento de inadmissibilidade de provas ilícitas, sendo instado, todavia, a se pronunciar sobre aspectos laterais da regra constitucional, como é o caso da contaminação das provas indiretamente obtidas, objeto de discussão do HC nº 69.912/RS, julgado em 1993⁴¹⁵.

Nele, foi levantada a questão se a ilicitude das interceptações telefônicas contaminaria a apreensão das drogas a que se chegou pelo conteúdo das comunicações interceptadas, e o Plenário, a partir de uma interpretação literal do dispositivo constitucional, decidiu que a inadmissibilidade só se aplicaria às provas ilícitas em si mesmas, admitindo àquelas obtidas por meio delas.

Foi em 1994, com a nova composição da Corte operada pela aposentadoria

⁴¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 205, jul./set. 1996).

⁴¹⁴ Poucos países possuem previsão constitucional, desses a maioria é de origem latina com conturbado histórico político e social, Brasil, Colômbia, México. Na Europa, o único que se tem conhecimento é Portugal, país que viveu um regime autoritário por 41 anos ininterruptos, só encerrado em 1974, dois anos antes, portanto, da Constituição de 1976 que previu a regra.

⁴¹⁵ Plenário, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 25/03/1994. Disse o relator: “... vedar que se possa trazer ao processo a própria gravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas”.

do Ministro Paulo Brossard e assunção do Ministro Maurício Côrrea, que a tese da ilicitude das provas derivadas (*fruits o the poisonous tree*) obteve maioria apertada no Plenário, o que se vê nos HC"s 73.351/SP e 72.588/PB, ambos julgados em 1996⁴¹⁶.

Coube também à Suprema Corte pronunciar-se sobre a teoria da fonte independente, discutida no HC 75.497/SP, julgado em 1997, e no HC 83.921/RJ, julgado em 2004, mitigando-se nos dois acórdãos a contaminação da prova autônoma, não decorrentes da ilicitude inicial praticada⁴¹⁷.

No plano legislativo, operou-se um vácuo de quase duas décadas que perdurou até a reforma do Código de Processo de Penal com a Lei nº 11.690/2008, que conferiu a redação vigente do art. 157, recentemente aumentada pela Lei nº 13.964/2019, que incluiu o § 5º no referido dispositivo, com a seguinte determinação: "O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão"⁴¹⁸.

A reforma conceituou o termo "provas ilícitas", no caput do art. 157 do CPP: "as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais", conceito esse criticado por não considerar a distinção já consagrada na doutrina de provas ilícitas e provas ilegítimas, tema já explorado no tópico "2.2 Da distinção entre ilicitude e nulidade", para o qual remetemos o leitor.

É corrente, também, a crítica que se faz à equivocada redação dos §§ 1º e 2º do art. 157 do CPP, que confundiu os conceitos de fonte independente e descoberta inevitável⁴¹⁹. A prova será independente se não houver uma vinculação direta entre a diligência ilícita e àquela realizada posteriormente, ou quando tendo duas origens, uma lícita e outra ilícita, subsistir mesmo com a supressão da fonte ilegal, o que se dá com juízo de certeza, e não de probabilidade como na descoberta inevitável. Marcos Zilli pondera que a redação do

⁴¹⁶ HC 73351, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/1996, DJ 19-03-1999 e HC 72588, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/1996, DJ 04-08-2000.

⁴¹⁷ HC 75497, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 14/10/1997, DJ 09-05-2003 e HC 83921, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 27-08-2004.

⁴¹⁸ Interessante notar que a redação do art. 157, § 5º, incluída pela Lei nº 13.964/2019, é a mesma do § 4º, vetado na reforma anterior ao argumento de que: "O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm. Acesso em 9/2/2020.

⁴¹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 85. p. 393-410. JUL-AGO/2010, p. 405.

§ 1º do art. 157 serve apenas para expressar o intuito do legislador quanto à inaplicabilidade no sistema brasileiro da mitigação da conexão tênue, para ele havendo um nexo de causalidade ainda que remoto a contaminação deve ser reconhecida⁴²⁰.

Ainda quanto às reformas, louva-se a inclusão do § 5º ao art. 157 do CPP, dada pela Lei nº 13.964/2019, por considerar-se que uma das principais consequências da ilicitude da prova é a impossibilidade de ela servir como elemento de conhecimento e, no mundo real em que juízes são vistos como seres humanos ordinários, isso só é, de fato, garantido, com a alteração do julgador que teve contato com ela.

O legislador, assim, nas duas reformas sobre a matéria, seja a de 2008, seja a de 2019, incorporou de maneira tácita a teoria dos frutos da árvore envenenada que amplia o alcance da regra de inadmissibilidade às provas derivadas da ilicitude originárias ao, expressamente prever, ainda que de forma atabalhoada, as limitações ao princípio da contaminação, consistentes nas hipóteses da fonte independente e da descoberta inevitável, sem introduzir, destaca-se, qualquer exceção incidente sobre a ilicitude originalmente praticada.

4.3 Fundamento da norma

Além do processo de consagração da norma no direito interno e da própria disposição da regra no texto constitucional, mais um argumento corrobora a afirmação de que o fundamento brasileiro reside essencialmente na tutela dos direitos e garantias fundamentais: as reformas do Código de Processo Penal na matéria, operadas em 2008 e 2019, trouxeram exceções relacionadas às provas ilícitas derivadas, sem prever qualquer hipótese de exceção quanto a prova ilícita originária. Como veremos, a exceção de boa-fé do direito estadunidense recai sobre a prova ilícita originária, e isso só é possível, por conta do fundamento diverso da *exclusionary rule* daquele ordenamento, o efeito dissuasório dos agentes estatais de investigação.

Com efeito, se nossa Carta Política prevê uma regra de inadmissibilidade da prova ilícita e a insere dentre os direitos e garantias individuais, não é o efeito preventivo ou pedagógico de condutas ilegais o fundamento da regra brasileira, nos parece lógico que o

⁴²⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O pomar e as pragas. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, jul. 2008, p. 3.

raciocínio entre nós é inverso, a motivação nacional para a criação da regra foi garantir que o indivíduo seja processado sem que os seus direitos fundamentais sejam violados, por parte de quem quer que seja, daí que a regra direciona-se ao Poder Judiciário e não à Polícia, é óbvio que decorre dessa regra um maior estímulo à adesão dos agentes de investigação em observar a legalidade, mas isso é consequência, não fundamento dela.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem linha definida que, sem distinguir entre a ação ilícita praticada pelo estado e por particulares, reconhece a ilicitude de gravações clandestinas de conversa telefônicas realizadas por terceira pessoa sem autorização judicial⁴²¹.

A regra constitucional do art. 5º, LVI, trata-se, na verdade, de um direito subjetivo do cidadão, diversamente do que ocorre nos Estados Unidos da América, em que não existe um direito fundamental que aloje a regra de exclusão criada pela jurisprudência, lá o fundamento de efeito dissuasório vem permitindo, inclusive, como se verá mais a frente, a desconstitucionalização da regra de proibição no país. No caso *United States v. Calandra*, decidiu-se que a regra de exclusão não é um direito constitucional pessoal do réu ⁴²², pergunta-se, à luz da nossa Carta Magna é possível fazer essa afirmação?

4.4 Da distinção entre nulidade e ilicitude e do conceito de prova ilícita

O sistema brasileiro trata de duas espécies de provas antinormativas: as provas ilícitas e as provas ilegítimas. O efeito da ilicitude de uma prova é a impossibilidade de ela ingressar ou permanecer nos autos e de servir como elemento de conhecimento⁴²³, já o da ilegitimidade da prova é a ausência de efeitos processuais se ela não for renovada, convalidada ou retificada de acordo com a forma legalmente prevista.

Na linha clássica de Nuvoione, a ilicitude decorre da violação a um direito material que, ainda que sirva ao processo, é positivado por razões independentes dele, e a ilegitimidade, da violação de um direito exclusivamente processual:

⁴²¹HC 80948, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 07/08/2001, DJ 19-12-2001.

⁴²²414 US 338 (1974).

⁴²³OLIVEIRA, Adriana Almeida. O que significa dizer que a prova ilícita é inadmissível?, Revista Fórum de Ciências Criminais, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 145/173, jul./dez., 2016.

Um divieto há natura esclusivamente processuale, quando è posto in funzione di interessi attinenti unicamente alla logica e alle finalità del processo; un divieto há natura sostanziale, allorché, pur servendo mediatamente anche interessi processuali, è posto essenzialmente in funzione dei diritti che l'ordinamento riconosce la singoli, indipendentemente dal processo. La violazione del divieto costituisce in entrambi i casi un'illegalità; ma mentre, nel primo caso, sarà un atto illegittimo, nel secondo caso sarà anche un atto illecito⁴²⁴.

A regra do art. 5º, LVI, da Constituição Federal brasileira tem conteúdo material que visa a proteção dos direitos fundamentais, ainda que tenha reflexos práticos sobre o processo. A limitação probatória nela estampada tem fundamento extraprocessual (político), percebe-se que a exclusão de provas que atentem contra a dignidade humana, a integridade física ou psíquica, a liberdade, a privacidade, a estabilidade das relações sociais, a segurança do próprio Estado etc, não tem nenhuma relação com o acerto da veracidade de um enunciado fático⁴²⁵.

Note-se, por outro lado, que o CPP ao tratar das nulidades (artigos 563 ao 573) arrola situações de violação a dispositivos elaborados no interesse exclusivo do processo. Mesmo no caso de falta de citação do réu, ou de incompetência, suspeição ou suborno do juiz, hipóteses de nulidades absolutas, a finalidade dessas normas é restrita à existência de um processo; diferente do caso da proteção à privacidade, por exemplo, cuja criação se deve a inúmeras outras razões que nada têm a ver com o desenvolvimento de uma relação processual.

Do rol das nulidades previsto no art. 564 do CPP, a única hipótese probatória é a que impõe determinada forma para a prova do fato: o exame de corpo de delito nos crimes de fato permanente ou não-transeunte (art. 564, III, b) que, por ter fim epistemológico, é considerada norma de natureza estritamente processual, cuja única consequência é a absolvição do réu por falta de provas, não sendo sequer cabível desentranhamento, consequência natural das provas ilícitas, justamente pela violação do direito fundamental que lhe é inerente.

A disposição do art. 573, § 2º do CPP que diz que o juiz ao pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende não se equipara aquela do art. 157, caput e § 1º, do CPP que determina o desentranhamento da prova ilícita e as delas derivadas. Note-se que a nulidade de um ato processual poderá importar a de outros que, assim, como os primeiros poderão ser retificados, convalidados ou renovados; já a ilicitude de uma prova, em havendo

⁴²⁴ NUVOLONE, Pietro, Le prove vietat nel processo penale nei paesi di diritto latino. Rivista di diritto processuale, Padova, Volume XXI, 1966, p. 470.

⁴²⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, Proibição das Provas ilícitas na Constituição de 1988, in Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999, p. 253.

nexo de causalidade e evitabilidade da descoberta, importará a de outras provas, com a consequência processual do desentranhamento de todas elas.

Com efeito, a jurisprudência e a doutrina italianas passaram a distinguir entre *inutilizzabilità* patológica e *inutilizzabilità* fisiológica, com a primeira referindo-se a evidências proibidas incondicionalmente por violarem direitos fundamentais protegidos pela Constituição, e a segunda referindo-se à exclusão apenas na fase de julgamento de elementos de prova reunidos em violação do direito ao confronto⁴²⁶. A *inutilizzabilità* patológica é absoluta, impede qualquer efeito da evidência, têm a função de proteger interesses externos ao procedimento (como direitos invioláveis) e é aplicável em todas as fases do procedimento, incluindo a investigação preliminar e a audiência preliminar. A *inutilizzabilità* fisiológica é aplicada apenas na fase de julgamento sendo, inclusive, renunciável pelas partes, ela visa eliminar meios de prova de pouca confiabilidade inerente, a fim de salvaguardar um método para formação das evidências e do conhecimento, por isso a proibição é limitada a um certo tipo de uso⁴²⁷.

O mesmo se faz na Espanha, onde se distingue, com apoio do Tribunal Constitucional, entre prova irregular e prova ilícita. A prova ilícita decorre da violação de direitos fundamentais e regula-se pela ineficácia própria do regime previsto no art. 11.1 da Lei Orgânica do Poder Judiciária (LOPJ), reservando-se às demais infrações o conceito de prova irregular e o tratamento das nulidades do art. 238.3 do mesmo diploma⁴²⁸. O conceito de direitos fundamentais para a caracterização da prova ilícita afasta aqueles de natureza ou âmbito processual normalmente relacionados ao direito constitucional a um julgamento justo com as garantias dispostas no art. 24 da Constituição:

A jurisprudência constitucional distingue, em função de que o direito fundamental lesionado seja ou não de conteúdo processual. A juízo do Tribunal Constitucional, segundo essa corrente, provocam ilicitudes as lesões de direitos fundamentais que não sejam de âmbito processual, quer dizer, a infração do art. 24 da CE na obtenção de provas não comportaria a ilicitude probatória no sentido estrito, mas somente uma infração processual que determinaria a nulidade das atuações, devido à potencial produção de falta de defesa. O resultado na prática, aparentemente, é o mesmo – a prova não será utilizada para fundar o julgamento de fato -, mas com a ressalva da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, que se reserva

⁴²⁶ Cass. ss. un. June 21, 2000, Tammaro, In Cass. Pen., 3259 (2000). Galantini (1992, 5), Ruggieri (2010, 1833), Conti (2007, 18-25) e Scella (2008-481-482), apud Illuminati, Giulio. Italy: Statutory Nullities and Non-usability, in Exclusionary Rules in Comparative Law, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 249.

⁴²⁷ ILLUMINATI, Giulio. Italy: Statutory Nullities and Non-usability, in Exclusionary Rules in Comparative Law, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, pp. 248/250.

⁴²⁸ DEU, Teresa Armenta. op. cit., p. 553/54. Winter, Lorena Bachmaier. Spain: The Constitutional Court's Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing, in Exclusionary Rules in Comparative Law, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 218.

unicamente para a vulneração a direitos fundamentais e, ainda, assim, não em todas as hipóteses⁴²⁹.

O Supremo Tribunal espanhol também fez uma distinção interessante que merece destaque. Em uma decisão de 2 de novembro de 1993, distinguiu entre uma busca realizada sem mandado judicial, que viola uma regra constitucional e leva à exclusão da prova pelo art. 11.1 da LOPJ e uma busca feita com um mandado, mas violando outra regra processual, que seria tratada como uma nulidade⁴³⁰.

A propósito do assunto, Marina Gascón Abellán⁴³¹ citando seu conterrâneo Miranda Estrampes ⁴³², afirma que prova nula é gênero do qual prova ilícita é espécie, enquanto prova nula pode ser também toda aquela obtida com vulneração de outras regras legais de formação e aquisição da prova, são ilícitas apenas aquelas obtidas com violação de direitos fundamentais, o que determina a importância da distinção entre prova ilícita e prova irregular nesse gênero de provas nulas (entendida ao que parece como antinormativas), notadamente porque ambas produzem efeitos processuais distintos, a prova ilícita, diferentemente da irregular, não pode ser submetida ao regime de nulidade dos atos processuais, com a possibilidade de saneamento ou convalidação.

Assim, o critério distintivo entre ilicitude e nulidade trata-se do fundamento da norma violada, se epistemológico, ou seja, relacionado à constituição exata dos fatos, é norma de direito processual e a prova resultante de eventual violação será ilegítima recebendo o tratamento das nulidades; já se o fundamento da norma estiver ligado à proteção de outros direitos especialmente inscritos na Constituição, a norma é de direito material⁴³³, com a ilicitude e a inadmissibilidade probatória disso decorrentes.

A doutrina brasileira, a despeito da redação do art. 157 do CPP, tende majoritariamente a reconhecer que a prova ilícita está reduzida às vulnerações de direitos

⁴²⁹DEU, Teresa Armenta., op. cit., pp. 54/55.

⁴³⁰TC 7310/1993, *apud* Winter, Lorena Bachmaier. Spain: The Constitutional Court's Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing, in *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 218.

⁴³¹¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita, p. 4/5. Disponível em: https://www.academia.edu/37823795/_Libertad_de_Prueba_Defensa_de_la_Regla_de_Exclusi%C3%B3n_de_Prueba_Il%C3%ADcita.

⁴³²*La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones*, Revista Catalana de Seguretat Pública, maio 2010, p. 133.

⁴³³DAMASKA, Mirjan. *Evidentiary barriers to conviction and two models of criminal procedure: a comparative study*. University of Pensilvania Law Review, 121:513, 1973, citado por GOMES FILHO, Antonio Magalhães, Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988, p. 253. Vide também, GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance e FILHO, Antonio Magalhães Gomes Filhos. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 113.

fundamentais⁴³⁴. Não obstante, alguns doutrinadores defendem que a ilicitude é gênero que engloba a prova ilegalmente colhida (ilicitude material) e a prova ilegitimamente produzida (ilicitude formal), tratar-se-ia de um conceito amplo que significa o que é contrário ao ordenamento jurídico⁴³⁵.

Tratando do art. 157 do CPP, introduzido no diploma processual brasileiro pela Lei nº 11.690/2008, Antonio Magalhães Gomes Filho ao comentar a redação legislativa que definiu como ilícitas as provas obtidas em violação a *normas constitucionais ou legais*, sem mencionar qualquer distinção quanto à natureza da norma violada, se de direito material ou processual, diz que o legislador não se atentou ao que a doutrina e a jurisprudência de há muito assentem, fazendo crer que a violação a regras processuais implicaria ilicitude e, conseqüentemente, ao desentranhamento da prova do processo, quando “*o descumprimento da lei processual leva à nulidade do ato de formação da prova e impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573 caput do CPP*”⁴³⁶.

Sobre a necessária precisão terminológica, Marcos Zilli ensina que apesar de tanto as provas ilícitas quanto as ilegítimas indicarem contrariedade ao direito, as ilícitas relacionam-se diretamente com a violação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e, as ilegítimas, provém da inobservância de normas de caráter processual; além disso a ilicitude vincula-se à obtenção da prova com o emprego de métodos lesivos aos valores ligados à preservação da dignidade humana (a integridade física, liberdade, intimidade do indivíduo, etc), enquanto que a ilegitimidade verifica-se na introdução ou produção da prova no processo, mediante o descumprimento da forma legal⁴³⁷.

O conceito adotado pelo legislador da Lei nº 11.690/2008, foi considerado

⁴³⁴ *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: RT, 1982. p. 98-99. A distinção doutrinária foi expressamente acolhida pelo Plenário do STF, no julgamento do HC 69.912-0/RS, realizado em 30 de junho de 1993 (LEX-STF 183/320). Vide também, Deu, Teresa Armenta, op. cit., p. 40; BADARÓ, Gustavo Ivahy, Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), n. 277, ano 23, dez. 2015; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 85. p. 393-410. JUL-AGO/2010, p. 399: “Essa redação não parece ter sido a melhor: a vedação processual da prova ilícita foi a solução encontrada pelas cortes internacionais para a proteção de certos direitos e garantias fundamentais, que não devem ceder nem mesmo diante do interesse estatal na obtenção de provas. Trata-se, em resumo, de uma forma especial de tutela destinada a assegurar a efetividade daqueles direitos e garantias”; ÁVILA, Thiago Pierobom de., Provas ilícitas e proporcionalidade, p. 95.

⁴³⁵ “Se houver a inversão dos conceitos, aceitando-se que a ilicitude é espécie da ilegalidade, então a Constituição estaria vedando somente a prova produzida com infringência às normas de natureza material e não cuidando, por força da natural exclusão, das provas ilegítimas, proibidas por normas processuais, o que nos afigura incompatível com o espírito desenvolvido em todo o capítulo dos direitos e garantias individuais” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 354).

⁴³⁶ Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 35/45.

⁴³⁷ A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: Regras de admissibilidade, p. 174-175.

por Gustavo Badaró que conceitua provas ilícitas como aquelas que são obtidas, admitidas ou produzidas com violação das *garantias constitucionais*, sejam as que asseguram liberdades públicas, sejam as que estabeleçam garantias processuais⁴³⁸. Para ele, portanto, o *status* constitucional da garantia determina a ilicitude da prova. Serão ilícitas, sob essa ótica, as provas relacionadas a violações das garantias da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX da CF), do juiz natural (art. 5º, LIII e XXXVII), bem como do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), como é o caso de uma prova obtida mediante cumprimento de um mandado expedido por juiz incompetente, ou por juiz competente mas com motivação deficiente, bem como o de uma testemunha ouvida por videoconferência para cuja audiência o réu não foi devidamente intimado.

Desses exemplos, o mais sensível é o tocante à prova obtida por ordem emanada de autoridade incompetente, posto que a norma do juiz natural tem além da finalidade epistemológica a de legitimidade do próprio Poder Judiciário.

Grande parte da doutrina⁴³⁹ entende que o artigo 567 do CPP⁴⁴⁰ aplica-se exclusivamente às hipóteses de incompetência relativa, uma vez que nos casos de incompetência absoluta o princípio constitucional do juiz natural⁴⁴¹, imporia a anulação do processo como um todo, incluindo atos decisórios e probatórios.

Contudo, alegar que os atos do juiz incompetente são imprestáveis é o mesmo que despir esse juiz dos predicados da magistratura, como se juiz não fosse, tornando inexistentes os atos que são apenas inválidos⁴⁴², uma vez que praticados por órgão dotado de jurisdição, mas em desconformidade com o modelo legal. Nesse passo, considera-se melhor a interpretação da garantia individual do princípio do juiz natural àquela que a entende como impedimento ao julgamento da *causa* por juiz ou tribunal cuja competência não esteja, previamente ao cometimento do fato, definida na Constituição⁴⁴³. A garantia de não ser

⁴³⁸ Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminas (IBCCrim), n. 277, ano 23, dez. 2015.

⁴³⁹ PACHELLI, Eugênio, FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1100/1107; NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 923/924; Direito Processual Penal, Aury Lopes Jr., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 316/317; GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, SCARANCA, Antônio Fernandes, As Nulidades do Processo Penal, 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 54/55.

⁴⁴⁰ A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.

⁴⁴¹ CF, art. 5º, LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

⁴⁴² Afinal, um processo julgado por juiz absolutamente incompetente impedirá nova ação penal pelo mesmo fato contra quem foi absolvido com sentença transitada em julgado. Esse exemplo prova o exercício de jurisdição. Outro exemplo é a aplicação da Súmula 122 do STJ que confere prevalência à competência da jurisdição federal nos casos de conexão com crime de competência da Jurisdição estadual e que permite o amplo aproveitamento das provas e da instrução dos processos reunidos. Atos inválidos produzem alguns efeitos.

⁴⁴³ PACHELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 2012, p. 196.

processado, nem sentenciado, pela autoridade incompetente importa, em suma, no direito de que verificada a incompetência no curso do processo seja ele remetido à autoridade competente imediatamente e não apenas na fase da sentença.

Por conseguinte, a jurisprudência sempre entendeu⁴⁴⁴ que, mesmo para os casos de incompetência absoluta, somente os atos decisórios seriam nulos, sendo possível, dessa maneira, o aproveitamento dos atos não decisórios, como os atos probatórios em geral, mediante ratificação pelo juiz competente.

Posteriormente, com o julgamento do HC 83.006/SP pelo Supremo 445 , decidiu-se que até mesmo o ato decisório de recebimento da denúncia poderia ser ratificado, ficando claro da leitura do inteiro teor que a ratificação desse ato foi interpretada como forma abreviada de reprodução de atos processuais, de modo que a ratificação da denúncia pelo Ministério Público seria reiteração da acusação e o recebimento dessa nova acusação, novo ato processual praticado agora pelo juiz natural.

Assim, a única consequência da incompetência absoluta ou relativa do juízo, ou tribunal, à míngua de qualquer demonstração de prejuízo efetivo e concreto, consiste na translacio iudicii, com o aproveitamento de todos os atos processuais, desde que ratificados pelo juiz competente e não relacionados diretamente ao mérito da causa⁴⁴⁶.

Mesmo nos casos de restrições de direitos fundamentais que exijam reserva de jurisdição, cláusula constitucional que “*importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos*”⁴⁴⁷, a prova obtida por meio de mandado judicial expedido pelo juízo incompetente poderá ser ratificada, uma vez que a exigência da cláusula é a prévia decisão judicial para a intromissão na esfera dos direitos fundamentais do indivíduo e ela está presente, a ratificação posterior pelo juízo competente convalida o ato originariamente inválido. Note-se que a garantia individual do juiz natural impede o julgamento da *causa* e não de medidas cautelares.

Todavia, quando a regra de competência, fixada na Constituição, for justificada em razão da matéria, como é o caso da Justiça Especializada (jurisdição penal militar e eleitoral), ou do exercício de determinadas funções de relevância pública, com a

⁴⁴⁴ STF, HC 88262/SP, 2ª Turma, julgado em 18/12/2006 e RE 464894/PI, 2ª Turma, julgado em 24/08/2008; STJ, CC 112424/PR - 3ª SEÇÃO, julgado em 09/11/2011.

⁴⁴⁵ HC 83006, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2003, DJ 29-08-2003 PP-00020 EMENT VOL-02121-17 PP-03374). Na mesma linha, STF, RE 464894 AgR, 2ª T, 24/06/08 e HC 123465, 1ª Turma, 25/11/14.

⁴⁴⁶ STJ, EDcl nos EDcl no REsp 1453601, 5ª Turma, 11/06/2015, HC 62485, 6ª Turma, 11/12/2012, HC 210416, 5ª Turma, 06/12/2011, CC 106413, 3ª Seção, 14/10/2009.

⁴⁴⁷ CANOTILHO, J.J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina: Coimbra, 1998, p. 580.

fixação de foros privativos, a prova obtida com base em mandado expedido por juiz incompetente deve ser considerada ilícita e não poderá ser ratificada. Isso porque, nesses casos, o fundamento das regras de competência justifica que até mesmo a medida cautelar seja conhecida e julgada pelo juiz competente, seja pelo alto grau de especificidade normativa da jurisdição, seja pelas razões políticas inerentes ao exercício da função pública. Note-se que isso não ocorre entre a Justiça Federal e Estadual, cujos critérios de competência são muito mais operacionais, dado o modelo federativo, do que propriamente de especialização⁴⁴⁸.

Assim, *data maxima venia* à respeitada doutrina, e excepcionalmente na prática desta acadêmica, adota-se o posicionamento da jurisprudência quanto à matéria. A não ser que se comprove a imparcialidade do juiz primevo, o que contaminaria todo o quadro probatório, uma vez ratificados os atos pelo juiz natural, não há razão para que a prova seja inutilizada, porque muito embora tenha sido produzida fora do modelo legalmente estabelecido não violou direito fundamental do réu, a ratificação pelo juiz competente sana qualquer dúvida quanto à legitimidade do Poder Judiciário e, por fim, em que pese a melhor técnica recomende a imediatidade do juiz na produção da prova, não haverá prejuízo ao acerto dos fatos, podendo o juiz competente determinar a repetição de oitivas e de outras provas que entender necessárias.

No direito comparado, ilustra bem a distinção entre nulidade e ilicitude a chamada *harmless error exception* dos Estados Unidos, em que resta claro que as violações a direitos constitucionais meramente processuais devem receber um tratamento diferenciado, vide os casos clássicos *Chapman vs. California*, 386 U.S. 18 (1967) e *Arizona vs. Fulminante*, 499 U.S. 279 (1991), em que se distinguiu os erros processuais (*trial errors*) dos erros estruturais (*structural errors*). As provas produzidas com erros processuais, se inócuos, podem ser admitidas, ao contrário daquelas produzidas com erros estruturais, que maculam todo o processo, como a imparcialidade do juiz, a ausência de defesa ou de publicidade do processo⁴⁴⁹. Note-se que os erros estruturais para além da finalidade epistemológica colocam em cheque a própria legitimidade do exercício do *jus puniendi* em prejuízo da dignidade humana. Até o paradigmático *Hudson v. Michigan* pode ser lembrado, já que nele a Suprema Corte americana decidiu que a inconstitucionalidade relacionada à falta de mandado judicial não poderia ser igualada àquela em que no cumprimento de um mandado a autoridade policial não espera tempo suficiente para adentrar a residência (*knock-and-announce*).

⁴⁴⁸ PACELLI, Eugênio. *Ibidem*, p. 195.

⁴⁴⁹ BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. *Criminal Procedure: Examples and Explanations*, 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2004, p. 253.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal espanhol fez uma diferenciação interessante para determinar se uma busca deve ser considerada ilícita ou irregular, sendo o critério de *discrímen* justamente a violação direta a liberdades ou direitos fundamentais (objeto do art. 11.1 da LOPJ) ou a violação de outra regra processual. No TC 7310/1993, o Tribunal distinguiu uma busca realizada *sem* mandado judicial, que viola uma regra constitucional e leva à exclusão da prova pelo art. 11.1 da LOPJ, de uma busca feita *com* um mandado, mas violando outra regra processual, que seria tratada como uma nulidade⁴⁵⁰.

Dito isso, em se tratando de garantias processuais constitucionais com finalidade mista, como a de motivação das decisões judiciais, do juiz natural e do contraditório ou ampla defesa, na maioria das vezes também se está diante de prova ilegítima que, a depender das circunstâncias do caso concreto, pode ser convalidada, salvo nos casos em que esteja patente violação da própria dignidade humana, como é o caso de processo secreto, julgado sem defesa ou por juiz parcial.

Nessa linha, Nicolás González-Cuéllar Serrano aborda três entendimentos sobre a natureza dos direitos fundamentais ligados à prova antinormativa: a) circunscreve-se ao conceito restrito de prova ilícita os casos em que sejam vulnerados os direitos fundamentais previstos na Constituição, 2) a natureza do direito vulnerado é indiferente, posto que toda infração a normas processuais implica um processo sem todas garantias e igualdade das partes, o que significa, em última análise, que a valoração da prova está constitucionalmente proibida e 3) deve-se adotar uma posição intermediária, reconhecendo que a violação a uma norma de direito fundamental impede a valoração da prova obtida e, nas demais hipóteses, deve-se ponderar os interesses em conflito pela teoria da proporcionalidade⁴⁵¹.

Por conseguinte, Teresa Armenta Deu discorrendo sobre o tema vislumbra três possíveis consequências:

“a) proibir a valoração quando sejam vulnerados direitos ou liberdades fundamentais, o que equivale a constituir uma garantia constitucional de natureza processual que se projeta somente sobre direitos de conteúdo substancial, b) estender o efeito excludente à vulneração de direitos fundamentais de direito processual ou c) deixar fora da exclusão aquelas situações nas quais a fonte de prova tenha sido obtida, ou o meio de prova tenha sido praticado, vulnerando a legalidade ordinária, ou

⁴⁵⁰ TC 7310/1993, *apud* Winter, Lorena Bachmaier. Spain: *The Constitutional Court's Move from Categorical Exclusion to Limited Balancing*, in *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Thaman, Stephen C. (Ed.). Nova York: Springer, 2013, p. 218.

⁴⁵¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. *Proporcionalidad Y Derechos fundamentales em el proceso penal*, Madrid: Colex, 1990, *apud* DEU, Teresa Armenta, *op. cit.*, p. 106.

infringindo normas processuais, mas sem violentar direitos fundamentais”⁴⁵².

Antonio Magalhaes, citando Teresa que produziu um relatório geral das novas tendências em matéria de provas ilícitas nos ordenamentos de *civil law*, observa que apesar desses países orientarem-se, em boa parte, pelo conceito de prova ilícita que reúne tanto os direitos fundamentais de conteúdo material (inviolabilidade de domicílio, das comunicações, integridade corporal, liberdade), como aqueles que determinam o caráter justo e equitativo do processo (contraditório, defesa, assistência de advogado, direito a utilizar provas pertinentes), é possível verificar tendência de um conceito restrito de prova ilícita:

... é viável afirmar a existência de um conceito estrito de prova ilícita, circunscrito aos casos de infração dos direitos fundamentais para a obtenção da prova, e outra noção mais ampla, que compreende não só essa violação mais grave e evidente, mas que também inclui infração à legalidade processual em geral⁴⁵³.

Como visto, adota-se nesse trabalho a concepção restritiva, o conceito de prova ilícita restringe-se às situações em que se violem direitos fundamentais de conteúdo substancial, reservando-se ao conceito de prova ilegítima, todas as demais violações probatórias relacionadas aos direitos fundamentais processuais, com finalidades mistas ou exclusivamente epistemológicas, bem como aos direitos previstos na legislação ordinária.

Adota-se esse posicionamento porque ele torna mais clara a necessária distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, não só pelo fato de a clareza conceitual ser elementar a qualquer ramo científico, mas principalmente porque ela se dá num campo muito exposto a influências ideológicas, a redução conceitual contribuiria assim para estabelecer um campo mínimo de proteção para a obtenção ou produção da prova, ineficaz à diminuição das exigências garantistas própria dos textos legais modernos voltados ao combate da criminalidade grave e organizada.

Além disso, é capaz de reduzir os casos de aplicação da ilicitude com as implicações processuais derivadas, como o recém-incluído art. 157, § 5º do CPP, acrescentado

⁴⁵²DEU, Teresa Armenta, A eficácia da prova ilícita, 2014, p. 107.

⁴⁵³Novas tendências em matéria de provas ilícitas. Relatório síntese. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio (Orgs.). **Direito processual comparado**. XIII World Congress of procedural law. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 613.

pela Lei nº 13.964/2019454, sem que a forma e os demais direitos legalmente previstos deixem de ser protegidos pelo ordenamento, cujas violações continuarão sendo submetidas ao sistema das nulidades.

Considerando que os conceitos de nulidade e ilicitude possuem consequências e requisitos distintos, como, por exemplo, a demonstração de efetivo prejuízo ou a violação a um direito fundamental, não se deve igualá-los, apesar de ambas serem provas antinormativas.

E a distinção não é meramente conceitual, a ilicitude é automática e feita antecipadamente à prática do ato pelo próprio legislador, restringe-se aos casos de violação a normas de direito material, e suas consequências não se limitam à ausência de efeitos processuais, é o próprio contato com a prova que deve ser evitado, daí a necessidade de desentranhamento estampada na norma do código de processo penal e até mesmo a alteração do juiz que dela conheceu, já que a prova mesmo fora dos autos poderá na prática continuar servindo como elemento de convicção; na verdade, o objetivo da norma é evitar que a própria violação se consuma. *“La inadmisibilidad intenta evitar el ingreso (jurídico) al proceso de la acción procesal irregular mientras que la nulidad intenta expulsar la acción irregular ya incorporada al procedimiento”*⁴⁵⁵. Por sua vez, a prova nula ingressa no processo e o juiz declara a nulidade posteriormente, ela pode ser mesmo renovada e considerada válida na ausência de pressupostos para sua invalidação, como a ausência de prejuízo e a ocorrência de alguma causa de convalidação.

Diga-se, por fim, que é correto dizer que provas ilícitas são inadmissíveis e provas ilegítimas são nulas, desde que se compreenda que o conceito de admissibilidade da prova é amplo e abrange outras hipóteses que não só as provas ilícitas, como é o caso daquelas vedações fundamentadas em critérios epistemológicos, por exemplo, a inadmissibilidade de outras provas que não o atestado de óbito para fins de extinção da punibilidade (art. 62 do CPP), ou a inadmissibilidade de outros meios de prova para provar o

⁴⁵⁴ “O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. O mesmo texto, objeto do § 4º do referido artigo, foi vetado na reforma promovida pela Lei nº 11.960/2008.

⁴⁵⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, Proibição das Provas ilícitas na Constituição de 1988, in Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999, p. 252, citando MAIER, Julio B. J. Función normativa de la nulidad. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 141. No mesmo sentido, Luiz Flávio Gomes afirma que “enquanto a nulidade pretende nulificar a eficácia de uma prova, o modelo da inadmissibilidade orienta-se no sentido de impedir seu ingresso no processo (porque a prova ilícita tem todas as características de um ato inexistente). O sistema da nulidade foi pensado para operar depois da produção da prova, o modelo de inadmissibilidade foi criado para ter incidência antes da produção (introdução) da prova nos autos”, (GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (*exclusionary rule*). Revista dos Tribunais: RT, São Paulo, v. 92, n. 809, p. 471-484, mar. 2003, p. 474).

estado das pessoas (art. 155, parágrafo único, do mesmo diploma).

4.5 Admissão *pro reo*

Sucintamente, apenas para marcar a justificativa dogmática mais apropriada para a hipótese e partindo-se da premissa de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser instrumentalizado a serviço do bem comum, é possível compreender porque não se concebe que o Estado, a fim de tutelar direitos fundamentais, condene um inocente em prejuízo do próprio homem cuja norma visa proteger reclamando a afirmação do direito posto.

O juízo de razoabilidade complementado também empresta racionalidade a esse entendimento.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli⁴⁵⁶ explica que a aceitação deve-se justamente por constituir a norma uma garantia individual expressa que não pode ser utilizada contra quem é o seu titular originário.

4.6 Admissão *pro societate*

Controvertida, entretanto, é a admissibilidade das provas ilícitas *pro societate*.

O entendimento dominante é aquele em que a proscrição é total, isso porque a superação da regra constitucional, quase sempre, implica a desestruturação de todo o sistema jurídico, uma vez que representa o abandono do compromisso do Estado com a observância dos direitos fundamentais que, ressalta-se, não se destinam apenas aos indivíduos que cometem delitos menos graves.

Nesse sentido, a lição de Marcos Zilli, que se coaduna com tudo o que até aqui foi exposto:

Ora, por integrar o campo dos direitos e das garantias fundamentais, a proscrição da prova ilícita é mecanismo que se insere na dimensão lógica das liberdades públicas. Trata-se de um instrumento a serviço da preservação da esfera pessoal da liberdade,

⁴⁵⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 16 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 367.

constituindo, portanto, um freio ao exercício do poder do Estado. O que se proíbe com o mandamento é a busca ilícita pela concretização do poder-dever punitivo, por constituir exercício abusivo de poder. É, enfim, regra assecuratória do cumprimento de deveres negativos do Estado na dinâmica lógica dos direitos fundamentais. Admitir, portanto, uma prova ilícita como suporte para uma condenação viola toda a lógica que o mandamento pretende justamente resguardar, qual seja, a integridade do Estado. Dentro dessa perspectiva, são irrelevantes a dimensão e a gravidade do crime praticado. A proibição é eloquente e, sobretudo, constitui uma garantia fundamental protetiva de todos os direitos fundamentais eventualmente afetados pela persecução⁴⁵⁷.

Afirmando que a Constituição retirou a matéria da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo por ter elegido a segurança das relações sociais ao vedar a prova ilícita, Luís Roberto Barroso considera ainda que a ausência de um sentimento constitucional consolidado e a própria trajetória de desrespeito aos direitos fundamentais comumente vista no país recomendam não excepcionar a regra, sob pena de que a exceção torne-se a regra na prática. Para ele não é:

“conveniente nem oportuno sequer de lege ferenda, enveredar por flexibilizações arriscadas. Não se deve perder de vista que, nos dias obscuros e prepotentes do regime militar, boa parte dos que manipulavam e tredestinavam as informações ideológicas e pessoais dos adversários da ditadura faziam-no em nome de valores que reputavam superiores”.⁴⁵⁸

Pontualmente sobre o tema, a sempre lembrada Ada Pellegrini Grinover:

“A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo; será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é natureza penal ou civil. ... Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo)

⁴⁵⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças, duas sentenças. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). Proibições probatórias no processo penal: análise do direito brasileiro, do direito estrangeiro e do direito internacional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 88.

⁴⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 213/149-163, julho/setembro, 1998.

o critério da 'razoabilidade' do direito norte-americano, correspondente ao princípio da 'proporcionalidade' do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana. A mitigação do rigor da admissibilidade das provas ilícitas deve ser feita através da análise da própria norma material violada: (...) sempre que a violação se der com relação aos direitos fundamentais e a suas garantias, não haverá como invocar-se o princípio da proporcionalidade”⁴⁵⁹.

No sentido contrário, defendendo a utilização do princípio da proporcionalidade em casos específicos, Eugênio Pacelli pontua que o critério da proporcionalidade poderia ser utilizado nos casos em que não se verifique risco à “*aplicabilidade potencial e finalística da norma da inadmissibilidade*”, qual seja, a função de controle da atividade estatal, criticando veementemente a decisão da Suprema Corte no RE 251.445/GO460.

Por sua vez, Maria Cecília Pontes Carnaúba entende que a norma do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, deve ceder espaço naquelas hipóteses em que sua aplicação intransigente levaria a lesão de um direito fundamental mais valioso, especialmente diante de condutas de organizações criminosas e crimes contra o erário que atingem a coletividade e o bem público, prejudicando os interesses e objetivos do Estado e seus serviços⁴⁶¹.

Em aclamado ensaio sobre a Constituição e as provas ilicitamente obtidas, Barbosa Moreira saiu em defesa da admissibilidade de provas ilícitas *pro societate* afirmando que:

Todavia, se a defesa – à diferença da acusação – fica isenta do veto à utilização de provas ilegalmente obtidas, não será essa disparidade de tratamento incompatível com princípio, também de nível constitucional, de igualdade das partes? Quiçá se responda que, bem vistas as coisas, é sempre mais cômoda a posição da acusação porque os órgãos de repressão penais dispõem de maiores e melhores recursos que o réu. Em tal perspectiva, ao favorecer a atuação da defesa no campo probatório, não obstante posta em xeque a igualdade substancial. O raciocínio é hábil e, em condições normais, dificilmente se contestará a premissa da superioridade de armas da acusação. Pode suceder, no entanto, que ela deixa de refletir a realidade em situações de expansão e fortalecimento da criminalidade organizada, como tantas que enfrentam as sociedades contemporâneas. É fora de dúvida que atualmente, no Brasil, certos traficantes de drogas estão muito mais bem armados que a polícia e, provavelmente, não lhes será mais difícil que a ela, nem isso suscitará maiores escrúpulos, munir-se de provas por meio ilegais. Exemplo óbvio é o da coação de testemunhas nas zonas controladas pelo narcotráfico: nem passa pela cabeça de

⁴⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 151.

⁴⁶⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Curso de Processo Penal, 16ª Edição, São Paulo, 2012. Editora Atlas, p. 367.

⁴⁶¹ CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. Prova ilícita. São Paulo: Saraiva, 2000.

*ninguém a hipótese de que algum morador da área declare à polícia, ou em juízo, algo diferente do que lhe houver ordenado o „poderoso Chefão“ local*⁴⁶².

Esse raciocínio parte da premissa de que a igualdade material entre as partes verifica-se não *no* exercício de qualquer direito, mas antes disso, serão iguais as partes que chegarem ao processo como iguais e, nesse caso, e tão somente nele, será possível aplicar o postulado da paridade de armas. Em regra, não há igualdade material entre o Estado e o particular acusado no processo, o que leva à conclusão que haverá casos excepcionais, como aqueles crimes de *white collar* em que não há superioridade dos recursos materiais do Estado, muitas vezes, colocado ele mesmo (o Estado) para atender os interesses do infrator. A tese é interessante, todavia toca o calcular de Aquiles da norma constitucional, ela é em si mesma uma garantia individual e, sendo assim, não se questiona se o indivíduo tem ou não o colarinho branco.

Refletindo a controvérsia encontrada na doutrina, a jurisprudência tem ora admitido, ora afastado a admissibilidade de prova ilicitamente produzida em favor da acusação.

No Supremo Tribunal Federal, o caso de maior destaque é o HC 70.814-5/SP⁴⁶³, relatado pelo Ministro Celso de Mello, em que ao não conceder ordem de habeas corpus, quando reclamado a se pronunciar sobre a admissão de prova resultante de violação de correspondência de preso, acentuou:

“A administração da 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 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”. (HC 70814, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 01/03/1994, DJ 24-06-1994 PP-16649 EMENT VOL-01750-02 PP-00317 RTJ VOL-0176- PP-01136)

Na mesma Corte Superior, contudo, no julgamento do RE 251.445/GO,

⁴⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 205, jul./set. 1996.

⁴⁶³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2870814%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kver2ok>. Acesso em 07 out. 2015.

relatado pelo mesmo Ministro Celso de Mello, considerou-se imprestável prova (fotografias) furtada por menores, um deles vítima, do consultório profissional do réu acusado pelo crime tipificado no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), afirmando que *“o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites éticos-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal”*⁴⁶⁴.

Constatada a ilicitude da prova, já que ambas foram obtidas por meios ilícitos consistentes na violação de correspondência e de domicílio, não se verificou das razões de decidir argumento técnico capaz de esclarecer a aceitação da prova no primeiro e a recusa no segundo.

Disse o eminente relator que a inviolabilidade do sigilo epistolar não poderia servir de salvaguarda para práticas ilícitas. Ocorre que o mesmo raciocínio aplicar-se-ia à inviolabilidade do domicílio no caso do dentista, em que eram guardadas as fotos, o que, por si só, constitui prática de crime⁴⁶⁵.

É possível acrescentar, ainda, as consequências sociais graves dos crimes, o primeiro colocava em risco a segurança pública com a fuga de presos, além da do juiz que se descobriu, depois, os presos pretendiam sequestrar; o segundo põe em cheque a formação sexual de indivíduos em fase de desenvolvimento, pessoas que se integrarão à sociedade com perfis psicológicos deturpados pela precocidade e desvinculação da vontade na abordagem do ato sexual pelo abusador que, certamente como é de praxe ocorrer, continuaria a fazer novas vítimas⁴⁶⁶.

Chama a atenção o fato de que no primeiro caso quem afrontou a vedação constitucional foi o próprio Estado, enquanto que, no segundo, foram menores de idade. Fato é que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, decorrência da dimensão objetiva deles que impõem ao Estado ações protetivas contra violações de quem quer que seja, alcançaria os menores que violaram o domicílio do abusador e, ainda que se adote teoria restritiva quanto a essa incidência, a própria natureza da norma de direito subjetivo seria suficiente para afastar a admissibilidade da prova com violação de direito fundamental. E não há que se falar que a

⁴⁶⁴ STF, RE 251445/GO, Relator Min. Celso de Mello, DJU 03/08/2000.

⁴⁶⁵ Lei nº 8.069/90, art. 241-B: “Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente”.

⁴⁶⁶ Foram entregues à polícia 50 (cinquenta) fotos coloridas com conteúdo de sexo explícito envolvendo crianças e/ou adolescentes.

aplicação dessa teoria não implica necessariamente dizer que a ação estatal apropriada seja a desconsideração da prova obtida pelos menores ao argumento de que a finalidade da proibição probatória é dissuadir os agentes estatais de praticar abusos; como diversas vezes reiterado, a essência da norma brasileira repousa diretamente na proteção dos direitos fundamentais.

Outra razão que recomendaria a inutilização da prova no caso analisado (RE 251.445/GO) seria aquela que o Estado ao se aproveitar dos resultados obtidos ilicitamente por particulares reiteraria a violação praticada, em prejuízo dos direitos fundamentais que se comprometeu a respeitar, com prejuízo da integridade estatal e do próprio devido processo legal.

O único diferencial é a motivação da ilegalidade, as cartas serviram para arquitetar o plano de fuga⁴⁶⁷, tendo o Estado interceptado a correspondência remetida pelos presos por razões de segurança pública. Poder-se-ia argumentar que a ação se deu sob o manto de estado de necessidade a excluir a ilicitude da conduta estatal, enquanto que os menores teriam invadido o consultório profissional do dentista e furtado as fotos que comprovavam o abuso sexual no intuito de auferir vantagem pecuniária indevida; todavia, essa questão não foi analisada em nenhum dos julgados, acredita-se porque a argumentação de estado de necessidade é frágil quando se tem o Estado, e não um indivíduo, como o autor da conduta. Note-se que a Constituição expressamente previu as exceções à ilicitude nos incisos XI e XII do art. 5º. A alegação do estado de necessidade seria útil para eximir da responsabilidade penal o agente que, sem mandado, violou a correspondência do detento, mas não para permitir ao Estado utilizar a prova contra ele.

Submetendo ambos os casos ao juízo de razoabilidade completado, nenhum deles permite concluir pela impossibilidade fática da aplicação da regra de exclusão probatória, tanto os presos, quanto o dentista, são cidadãos brasileiros cujos direitos fundamentais são reconhecidos e protegidos pela Constituição. Quanto à impossibilidade jurídica, o juízo de razoabilidade entre a finalidade de proteger o direito fundamental de inviolabilidade epistolar e domiciliar com a finalidade do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos a advogar a punição de crimes ordinários também não indica a superação daquela por esta, o que torna desnecessária a análise dos demais requisitos. Ausentes razões extremamente fortes ou extraordinárias para o afastamento da primazia *prima facie* conferida à regra constitucional deveria ela prevalecer, portanto, em ambos os casos.

⁴⁶⁷ As correspondências dos presos foram violadas para impedir um plano de fuga e, utilizadas como prova, depois que se descobriu a intenção dos presos de sequestrar um juiz.

Ainda quanto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Pleno no julgamento do HC 79.512/RJ 468 , debruçou-se sobre o conflito entre a regra constitucional de inadmissão de provas ilícitas e o interesse público de repressão ao crime e, em vez de ponderar o princípio da vinculação à Constituição ou o da inviolabilidade dos direitos fundamentais com o princípio da proteção exclusiva dos bens jurídicos na acepção positiva de Jellinek (direito a proteção), decidiu que não lhe competia efetuar ponderação quando o constituinte já a fez por meio do estabelecimento da regra. Disse o Min. Sepúlveda Pertence:

Posto não ignore a autoridade do entendimento contrário, resisto, no entanto, a admitir que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes. É que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário, da eficácia da persecução

⁴⁶⁸EMENTA: Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa - compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio - e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência. 1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição - afora as exceções nele taxativamente previstas ("em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro") só a "determinação judicial" autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém - autoridade ou não - no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador. 1.1. Em consequência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional do domicílio, a prerrogativa da auto-executoriedade. 1.2. Daí não se extrai, de logo, a inconstitucionalidade superveniente ou a revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam a agentes fiscais de tributos a proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis; essa legislação, contudo, que, sob a Carta precedente, continha em si a autorização à entrada forçada no domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas: o ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia. 1.3. Mas, é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada invito domino a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca. 1.4. Não supre ausência de prova da falta de autorização ao ingresso dos fiscais nas dependência da empresa o apelo à presunção de a tolerância à entrada ou à permanência dos agentes do Fisco ser fruto do metus publicae potestatis, ao menos nas circunstância do caso, em que não se trata das famigeradas "batidas" policiais no domicílio de indefesos favelados, nem sequer se demonstra a existência de protesto imediato. 2. Objeção de princípio - em relação à qual houve reserva de Ministros do Tribunal - à tese aventada de que à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita se possa opor, com o fim de dar-lhe prevalência em nome do princípio da proporcionalidade, o interesse público na eficácia da repressão penal em geral ou, em particular, na de determinados crimes: é que, aí, foi a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou - em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal - pelos valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita: de qualquer sorte - salvo em casos extremos de necessidade inadiável e incontornável - a ponderação de quaisquer interesses constitucionais oponíveis à inviolabilidade do domicílio não compete a posteriori ao juiz do processo em que se pretenda introduzir ou valorizar a prova obtida na invasão ilícita, mas sim àquele a quem incumbe autorizar previamente a diligência. (HC 79512/RJ, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1999, DJ 16-05-2003 PP-00108 EMENT VOL-02110-02 PP-00308)

criminal – por valores fundamentais, da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda a proscrição da prova ilícita”.

De destaque também é o HC 80.949-9/RJ, que, a propósito da aplicação do princípio da proporcionalidade, decidiu:

Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. [...] HC 80949/RJ, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001).

O Brasil possui, portanto, precedentes sobre o tema, impondo que no discurso para o afastamento da regra esse ônus também seja vencido, como bem explicitado no tópico 1.3.3.

A prova ilícita, se admitida, mediante a aplicação do juízo de razoabilidade complementado, deverá permanecer sob sigilo.

QUINTO CAPÍTULO

As exceções à regra de exclusão

Verifica-se uma tendência mundial que reflete “*o sensível enfraquecimento do caráter garantidor da proibição*”⁴⁶⁹ ante o aumento e a gravidade das formas de criminalidade. A norma de exclusão probatória ilícita, ampliada pela teoria dos frutos da árvore envenenada, vem sendo restringida pela doutrina e jurisprudência dos países tanto de tradição romano-germânica, quanto os de anglo-americana. Sobretudo os Estados Unidos da América passaram a desenvolver uma série de exceções à ilicitude por derivação e, até mesmo, uma exceção à ilicitude originária, a da boa-fé. Passemos a elas.

5.1 Descoberta inevitável (*inevitable discovery*)

O CPP brasileiro, inspirado nas exceções do direito norte-americano, previu, ainda que com certa confusão, a situação em que a prova ilícita derivada (não há exceção na legislação brasileira quanto à prova ilícita originária) poderia ser aceita no processo como elemento de convicção, é o caso da descoberta inevitável, em que o elemento probatório seria inevitavelmente descoberto por meios legais se a investigação seguisse o seu curso lógico e natural, sem a prática da diligência ilícita⁴⁷⁰.

O exemplo conhecido é a busca policial e por voluntários já iniciada num terreno e a concomitante confissão inválida do réu, porque coacta, informando o exato local, nesse mesmo terreno, em que a vítima foi encontrada. Considerando-se hipoteticamente que a

⁴⁶⁹ Novas tendências em matéria de provas ilícitas. Relatório síntese. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrónio (Orgs.). **Direito processual comparado**. XIII World Congress of procedural law. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 620.

⁴⁷⁰ BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. *Criminal Procedure: Examples and Explanations*, 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2004, p. 209.

polícia fatalmente localizaria o corpo da vítima por já estar nas proximidades em que ele foi enterrado, a prova derivada da confissão ilícita poderia ser admitida⁴⁷¹.

A crítica que se faz a essa exceção é justamente a descoberta hipotética que, sendo mera possibilidade, não é em verdade, inevitável, além do possível incentivo à prática de atalhos pela polícia. Na doutrina norte-americana a *inevitable discovery rule* está diretamente relacionada ao termo *would have been*, todavia a hipótese de descoberta pela via lícita não é meramente suposta, mas dedutível do caso concreto. É esse o cuidado que se deve ter quanto à descoberta inevitável, não é possível que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova por meios legais, essa interpretação desconexa do caso concreto seria inconstitucional por esvaziar a garantia da exclusão probatória.

Concluindo, seja pela alta probabilidade, concreta, de que o objeto da prova seria alcançado sem a contribuição obtida do réu com violação de seus direitos fundamentais, seja pela ideia de que a exclusão da prova, que seria muito provavelmente descoberta, colocaria a polícia numa situação pior do que se não tivesse praticado a ilicitude, já que a prova poderia ser descoberta mesmo sem a coação praticada, a exceção da descoberta inevitável, nesses termos, está consolidada.

5.2 Fonte independente (*independent source limitation*)

A prova será independente se não houver uma vinculação direta entre a diligência ilícita e àquela realizada posteriormente, ou quando a prova derivada tem concretamente duas origens: uma lícita e outra ilícita, subsistindo como elemento de convicção mesmo com a supressão da fonte ilegal, o que se dá com juízo de certeza, e não de probabilidade como na descoberta inevitável.

Também de origem norte-americana, foi aplicada pela primeira vez no caso *Wong Sun vs. US*⁴⁷², em que as prisões de James Wah Toy e, depois, de Wong Sun, por tráfico de drogas, foram consideradas ilegais por ausência de causa provável. Em decorrência disso, alegava-se que as evidências fruto dessas prisões ilegais estavam contaminadas e deveriam ser excluídas. Em uma decisão de 5 a 4 proferida pelo juiz William J. Brennan, o tribunal excluiu todas as evidências relacionadas à prisão de Toy, mas decidiu que aquelas relacionadas a Wong Sun poderiam ser usadas, ante a consideração de que elas não foram obtidas mediante a

⁴⁷¹*Brewer v. Williams* (430 U.S. 387 (1977)) e *Nix vs. Williams* (467 U.S. 431 (1984)).

⁴⁷²371 U.S. 471 (1963).

exploração da prisão ilegal, mas por meios suficientemente distinguíveis⁴⁷³.

Assim que a chamada fonte independente não se trata propriamente de uma exceção à regra de exclusão, mas de uma prova independente, posto que quando não há nexo de causalidade, não há ilicitude; a prova derivada, justamente por não ter sido obtida como decorrência da prova ilícita originária não é ilícita⁴⁷⁴. No entanto, em se tratando de fonte *hipotética* independente, ou seja, quando se puder pensar que a prova derivada obtida seria alcançada por outro meio de prova que não o ilicitamente praticado, o correto é entendê-la como sinônimo da exceção da descoberta inevitável, cujo ônus da prova é (e deve ser) mais difícil justamente por basear-se em especulação⁴⁷⁵.

Como dito, a fonte independente trata-se da constatação de que não há contaminação a ser reconhecida pela ausência de nexo de causalidade, como bem observa Eugênio Pacelli:

Já a teoria da *fonte independente* baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção de prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Nada mais⁴⁷⁶.

Nessa esteira, o Tribunal Supremo da Espanha, tem aplicado o conceito afirmando que a contaminação não ocorre quando for possível estabelecer desconexão causal entre a prova que fundamenta a condenação e as obtidas ilicitamente⁴⁷⁷.

5.3 Exceção de boa-fé (*good-faith excepcion*)

Landmark case: Leon

Em Julho de 1984, no caso *U.S. v. Leon*, a Suprema Corte Norte-Americana criou a *good faith exception* como forma de exceção da regra de exclusão de provas obtidas

⁴⁷³ *Case brief* disponível em: <https://www.thoughtco.com/wong-sun-v-united-states-4587791>. Acesso em 13/11/2019.

⁴⁷⁴ BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. *Criminal Procedure: Examples and Explanations*, 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2004, p. 209.

⁴⁷⁵ ESTRAMPES, Manuel Miranda. La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación, *Revista Jueces para la Democracia*, n. 47, p. 59, 2003.

⁴⁷⁶ 2012, p. 355.

⁴⁷⁷ TC 210/97, 2783/93 e 311/94, citadas por GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 85. p. 393-410. JUL-AGO/2010, p. 406.

em afronta à Quarta Emenda, ao argumento de que a *exclusionary rule* em questão foi instituída para salvaguardar o conteúdo das garantias constitucionais que protegem o cidadão de violações arbitrárias praticadas por agentes públicos (*deterrent effect*). Fundamento não aplicável ao caso, porque quando a polícia realizou a busca e a apreensão acreditava que o fazia em cumprimento de um mandado válido.

Ao analisar esse julgamento, Gustavo Badaró⁴⁷⁸ verificou que a Suprema Corte norte-americana:

Acrescentou, ainda, que a finalidade das regras de exclusão probatória é impedir o mau comportamento policial, mas não o comportamento do policial que age de acordo com um senso comum de razoabilidade. O posicionamento por trás de tal teoria é que a finalidade das *exclusionaries rules* não é proteger cidadãos, para que seus direitos individuais não sejam violados, mas dissuadir os agentes policiais de cometerem violações a tais direitos.

Os fatos tratados no caso reportam que com base no relato de um informante confidencial sobre tráfico de drogas a polícia de Burbank (Califórnia) iniciou uma investigação realizando a vigilância dos suspeitos e elaborou um relatório de suas observações que foi utilizado como fundamento para a expedição de mandados de busca e apreensão que, cumpridos, logrou a apreensão de grande quantidade de drogas e outros materiais. Ocorre que, depois, os mandados foram excluídos ao argumento de que o relatório policial não seria suficiente para demonstrar a “causa provável lastreada em documentos válidos”, requisito exigido pela Quarta Emenda⁴⁷⁹.

O voto condutor foi do ministro White, seguido por Blackmun, Powel, Rehnquist, Burger e O’Connor, sendo contrários Brennan, Marshall e Stevens.

White em seus argumentos destaca a importância da ponderação no caso concreto do custo e do benefício da exclusão da prova, dado o grande custo social de uma aplicação irrestrita da *exclusionary rule*, diz ele: “*We conclude that the marginal or non-existent benefits produced by suppressing evidence obtained in objectively reasonable reliance on a subsequently invalidated search warrant cannot justify the substantial costs of exclusion*”⁴⁸⁰

Explica, ainda, o ministro do voto condutor, citando precedentes, que, muito embora não se justifique uma desconfiança generalizada da conduta imparcial dos juízes, a

⁴⁷⁸ As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal. IBCCRIM, Boletim 277, Dezembro/2015.

⁴⁷⁹ 468 U.S. 897. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/468/897>>. Acesso em 11 de janeiro de 2019.

⁴⁸⁰ 468 U.S. 897. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/468/897>>. Acesso em 11 de janeiro de 2019.

decisão não conferiria imunidade absoluta às buscas decorrentes de mandados judiciais, devendo manter-se a exclusão da prova se restar claro no caso concreto que: i) a decisão for tomada com base em documentos sabidamente falsos pelos agentes policiais (*Franks v. State of Delaware*⁴⁸¹), ii) o juiz erroneamente atua na investigação comprometendo sua imparcialidade (*Lo-Ji Sales v. New York*⁴⁸²) ou iii) se o mandado expedido for manifestamente ilegal (genérico) e os agentes, ainda assim, procederem a busca (*Commonwealth v. Sheppard*⁴⁸³).

A partir daí, a Suprema Corte passou a aplicar a tese da exceção de boa-fé a diversos outros casos em que se pretendia a exclusão de substanciais provas de crimes com base na *exclusionary rule*.

Em março de 1987, ocorreu o julgamento de *Illinois v. Krull*⁴⁸⁴, em que se comprovou que o proprietário de um desmanche comprava veículos roubados e removia o número do chassi para vender suas partes, um policial vistoriando o local apreendeu três veículos seguindo uma lei estadual que permitia a apreensão administrativa e, com base nisso, Krull foi acusado de vários crimes. A Suprema Corte decidiu que, mesmo após tal lei estadual ter sido declarada inconstitucional, a prova deveria ser mantida nos autos porque o policial agiu de boa-fé por ora da apreensão.

Já em *Arizona v. Evans*⁴⁸⁵, julgado em 1995, a Suprema Corte norte-americana foi instada a se manifestar sobre a apreensão de drogas realizada no veículo de Evans, contra quem havia um mandado de prisão aberto e com base no qual a prisão e a revista foram realizadas, mandado esse que não foi retirado do sistema por um erro, já que a revogação da prisão havia sido decretada. Nessa oportunidade, o Tribunal firmou a tese de que a prova não deveria ser excluída quando ausente qualquer erro do agente que realizou a busca e a apreensão, ainda que partindo de informação equivocada constante de banco de dados alimentados por informações advindas do Poder Judiciário, já que a exclusão nesse caso não persuadiria ninguém a cumprir a Constituição.

Em 2009, no julgamento do *Herring v. United States*⁴⁸⁶, a Suprema Corte afirmando que a regra de exclusão não é uma garantia essencialmente individual, não bastando em si mesma, e somente é aplicável quando servir como provável forma de prevenção no

⁴⁸¹ 438 U.S. 154.

⁴⁸² 442 U.S. 319.

⁴⁸³ 387 U.S. 488.

⁴⁸⁴ 480 U.S. 340. Disponível em <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/480/340>>. Acesso em 28 de janeiro de 2019.

⁴⁸⁵ 514 U.S. 1. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/93-1660.ZS.html>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2019.

⁴⁸⁶ 555 U.S. 135. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supct/html/07-513.ZO.html>>. Acesso em 05 de fevereiro de 2019.

sentido coletivo, validou provas apreendidas em decorrência de mandado de prisão incorretamente registrado no sistema mantido pela polícia, mas cumprido de boa-fé.

Esses três últimos casos evidenciam que a regra de supressão de evidências nos Estados Unidos da América não é bastante em si mesma, mas serve como meio de fomentar o respeito às garantias constitucionais no âmbito policial, de modo que ações legítimas de agentes não podem ser invalidadas se eventuais equívocos não forem atribuíveis àqueles que obtiveram a prova porque, nesses casos, a exclusão teria pouca ou nenhuma utilidade preventiva. Por outro lado, a prova será excluída se o agente policial, intencionalmente ou não, induzir o magistrado a erro ao requerer o mandado judicial, bem como se a invalidade da autorização judicial for patente a ponto de elidir a crença de que tenha sido obtida regularmente⁴⁸⁷.

Teresa Armenta Deu ao tratar da teoria da desconexão de ilicitude afirma que a boa-fé policial por erro invencível deve afastar a incidência da regra de exclusão, porque o dever de diligência deve ser exigido até onde for possível, sendo a prova excluída apenas nos casos de erro policial deliberado e culpável⁴⁸⁸.

Na Alemanha, Ernest Beling já em 1903 tocou, ainda que indiretamente, a questão da boa-fé tratando sobre erros, diz ele que todas as proibições de prova têm caráter imperativo e criam um espaço sagrado protegido dos órgãos de persecução penal, a violação ocorrida requer a cassação da medida, o que vale também para as proibições de provas condicionadas, desde que, nesse caso, a condição seja conhecida ao tempo da produção da prova, já que do contrário não se fala em proibição. Assim que, se por erro, a prova é produzida, tudo que se produziu desta maneira deve ser ignorado como se não tivesse existido e, se o erro não for reconhecido antes da sentença, ela pode ser impugnada em decorrência disso. Como se vê, é possível entender o silêncio de Beling quanto à boa-fé como impossibilidade de aplicação⁴⁸⁹.

Na Espanha, essa exceção foi tratada no julgado TC 22/2003, em que se discutiu se a polícia poderia ter adentrado uma residência sem mandado judicial, apenas com o consentimento da esposa do morador e réu por porte de arma, entendendo o Tribunal que “*según el estado de la interpretación del ordenamiento em el momento de practicar la entrada y registro*”, o consentimento da mulher parecia “*como habilitación suficiente para llevarlo a cabo conforme a la Constitución*”.

⁴⁸⁷BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. *Criminal Procedure: Examples and Explanations*, 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2004, pp. 241/242.

⁴⁸⁸Op. cit., p. 128.

⁴⁸⁹Las prohibiciones probatorias como..., p. 44/45.

Essa exceção à ilicitude originária é inaplicável ao ordenamento jurídico brasileiro pela expressa previsão constitucional que constitui em si um direito individual, considere-se, como se viu no processo de consagração da norma brasileira, que não se partiu de um critério de prevenção de abusos, mas da proteção do indivíduo de práticas abusivas. Não há que se questionar, entre nós, a intenção do agente, mas a pura e simples ilicitude da prova.

Com efeito, a Constituição Federal não assegura que “*são inadmissíveis, no processo, as provas ilícitas obtidas de má-fé*”, o que determina a ilicitude da prova não é a intenção de quem a obtém, mas a violação da garantia constitucional na obtenção da prova, que determina, conseqüentemente, sua inadmissibilidade no processo⁴⁹⁰.

5.4 Exceção de impugnação – (*impeachment exception*)

No julgamento do caso *Kansas v. Ventris*⁴⁹¹, a Suprema Corte admitiu declarações do acusado obtidas com violação do decidido em *Massiah v. United States*⁴⁹² – que assegura o direito de assistência de um advogado para que a polícia obtenha uma declaração incriminadora do investigado antes do processo – como prova de que ele cometia perjúrio. Assim, a prova ilícita foi admitida para impugnar a credibilidade das declarações do réu em seu interrogatório⁴⁹³.

Muito resumidamente, o acusado Donnie Ray Ventris e Rhonda Theel foram denunciados por homicídio e outros crimes. Antes do julgamento, um informante (Johnnie Doser) plantado na cela de Ventris o ouviu admitir que roubou, atirou e matou a vítima, mas no julgamento Ventris alegou que outra pessoa, Rhonda Theel, o teria feito. Quando o Estado então chamou o informante para testemunhar, a defesa de Ventris se opôs alegando que o direito de aconselhamento não foi respeitado e que as declarações dele ao informante não poderiam ser admitidas por violação à Sexta Emenda.

A primeira instância entendeu que a declaração dada ao informante era admissível para fins de pôr em causa o depoimento de Ventris no julgamento. A Suprema

⁴⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal. **Boletim IBCrim** n. 277, São Paulo: dez. 2015, p. 19.

⁴⁹¹ 556 U.S. 586 (2009).

⁴⁹² 377 U.S. 201 (1964).

⁴⁹³ BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. *Criminal Procedure: Examples and Explanations*, 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2004, p. 252.

Corte do Kansas reverteu a decisão entendendo que essa declaração não poderia ser usada em nenhuma circunstância. Por sua vez, a Suprema Corte dos Estados Unidos, afirmou que a declaração de Ventris, mesmo que provocada em violação à Sexta Emenda, era admissível para demonstrar a inconsistência de seu depoimento, posto que os interesses salvaguardados pela exclusão de evidências contaminadas para fins de contestar a integridade de um depoimento são superados pela necessidade de evitar perjúrios e garantir a integridade do processo de julgamento⁴⁹⁴.

No caso *James vs. Illinois*⁴⁹⁵, decidiu-se que a exceção de impeachment foi criada apenas para impugnar o testemunho de um réu e é inaplicável às testemunhas de defesa.

São precedentes anteriores: *Walder vs. United States*, 347 U.S. 62 (1954), *Harris vs. New York*, 401 U.S. 222, 1971, *Oregon vs. Hass*, 420 U.S. 714 (1975) e *United States vs. Havens*, 446 U.S. 620 (1980).

No Brasil, considerando em primeiro lugar a natureza de garantia fundamental da proibição das provas obtidas ilicitamente que não permite sejam introduzidas no processo provas com desvalor ético para a mera contestação de alibi ou de outra tese defensiva, bem como a inexistência do perjúrio pela consagração e amplitude do direito ao silêncio e o fato de os julgamentos não serem feitos por jurados, mas por juízes togados que obrigatoriamente motivam suas decisões, a introdução da exceção no ordenamento perde sentido.

5.5 Exceção da contaminação expurgada (*purged taint exception*)

Também chamada de doutrina da “*licitude da confissão informada*”⁴⁹⁶, da mancha purgada ou tinta diluída (*purged taint exception*)⁴⁹⁷ ou do nexo causal atenuado⁴⁹⁸.

Os casos de referência dessa teoria são nos Estados Unidos da América, o

⁴⁹⁴*Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 488.

⁴⁹⁵493 U.S. 307 (1990).

⁴⁹⁶DEU, Teresa Armenta, op. cit., p. 126/127.

⁴⁹⁷ISRAEL, Jerold H.; LAFAVE, Israel & Wayne R., *Criminal procedure: constitutional limitations*, 4 ed., St. Paul, Minn., West Publishing, 1988, p. 286-288 apud GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, vol. 85. p. 393-410. JUL-AGO/2010, p. 397.

⁴⁹⁸ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O pomar e as pragas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 188, jul. 2008, p. 3

caso *Wong vs. EUA*⁴⁹⁹ e na Espanha, o TC 161/1999⁵⁰⁰.

No *leading-case* americano, que também trata da *independent source*, no que interessa ao tópico em questão, o acusado Wong Sun foi legalmente processado e libertado, tendo retornado voluntariamente vários dias depois quando fez sua declaração admitindo sua participação nos fatos (ainda que não assinada), a conexão entre sua prisão decorrente da prisão ilegal de James Wah Toy e a sua confissão foi tão atenuada que a confissão não poderia ser considerada fruto da prisão ilegal e, portanto, foi devidamente admitida como prova⁵⁰¹.

O Tribunal Constitucional da Espanha, no julgamento do caso 166/1999 debruçou-se sobre os seguintes fatos: a busca e apreensão realizada, ainda que com mandado judicial, na residência de Francisco Vázquez Rosa foi considerada ilegal pelo Supremo Tribunal Federal por insuficiente motivação, o que invalidaria a prova derivada por violação ao direito fundamental à inviolabilidade doméstica. Todavia, o acusado havia confessado perante o juiz investigador e, também, no júízo oral, a prática do crime de tráfico de drogas, dedutível também da grande quantidade de drogas e objetos apreendidos.

A decisão foi no sentido de que a admissão pelo próprio réu da posse da droga é uma prova de carga, suficiente e válida, ou seja, obtida com todas as garantias, por ser independente do ato prejudicial de inviolabilidade do lar. Não foram acolhidas as alegações do réu de que se a invalidez da busca e apreensão tivesse sido declarada no primeiro momento, suas declarações teriam sido diferentes e outra teria sido sua estratégia defensiva, uma vez que fez suas declarações depois de contestar a entrada de sua casa e ciente de que ainda poderia contestá-lo através de outros recursos, não havendo erro do acusado sobre os fatos que lhe foram imputados, nem um erro induzido pelo órgão judicial.

Em tradução livre, a Corte, por sua Segunda Turma, foi enfática ao afirmar que a mera conexão causal entre a busca e apreensão ilegal e a confissão posterior não era suficiente para que a ilicitude primeira determinasse a exclusão das declarações do acusado:

O recorrente entende que seu direito à presunção de inocência foi violado porque a única evidência usada para justificar sua condenação - o conteúdo de sua declaração em que admitiu que a droga encontrada em sua casa era sua propriedade - não é uma prova válida como consequência de uma busca policial que o Supremo Tribunal declarou prejudicial ao seu direito fundamental à inviolabilidade domiciliar. A declaração do acusado pela qual ele reconheceu ser o proprietário da droga e de outros objetos encontrados na busca não é, por si só, contrária ao direito à

⁴⁹⁹371 U.S. 471 (1963).

⁵⁰⁰Também, TC 1451/2003 que expressamente faz referência ao caso *Wong vs. US.* (371 U.S. 471).

⁵⁰¹*Case brief* disponível em: <https://www.thoughtco.com/wong-sun-v-united-states-4587791>. Acesso em 13/11/2019.

inviolabilidade domiciliar, nem, portanto, ao direito a um processo com todas as garantias. Daí que a resposta à queixa do reclamante exige que se determine se a evidência usada para fundamentar sua condenação é o resultado direto da lesão de um direito fundamental ou se foi obtida do conhecimento adquirido com o ato prejudicial e guarda com ele a conexão da ilegalidade que, de acordo com nossa doutrina, justifica constitucionalmente sua exclusão.

O recorrente sustenta que sua declaração de admitir parcialmente os fatos que resultaram em sua condenação está em uma relação de dependência com relação à violação anterior de seu domicílio. Para justificá-lo, utiliza um raciocínio puramente causal: se a casa não tivesse sido fiscalizada, a droga não teria sido encontrada, se a droga não tivesse sido encontrada, não teria sido preso, nem teria prestado declarações, sem as declarações nunca teria sido reconhecida a posse da droga.

No entanto, esse raciocínio é insuficiente em termos legais. Como já declaramos nas SSTC 81/1998, 49/1999, 94/1999 e 134/1999, embora a conexão causal seja um requisito necessário para que o efeito incapacitante seja estendido, porque "se, da perspectiva natural, as provas não guardam relação alguma com o fato que violou o direito fundamental substantivo, ou seja, se elas tiverem uma causa real diferente e totalmente alheia a ele, sua validade e a conseqüente possibilidade de valoração a fim de afastar a presunção de inocência seria, desta perspectiva, indiscutível", não é um requisito suficiente para declarar a exclusão probatória pretendida⁵⁰².

Por essa exceção, se houver uma confissão em que o acusado, mesmo ciente e informado anteriormente sobre a existência da prova ilícita que lhe compromete, reconhece sua implicação nos fatos, a contaminação precedente fica expurgada pela desconexão entre a prova ilícita e a confissão posterior. *"A voluntariedade da declaração rompe a conexão de forma natural, nos situando frente a uma prova juridicamente independente"*⁵⁰³.

É preciso atenção para que a exceção seja aplicada restritivamente apenas nos casos em que fique claro que o acusado tinha conhecimento do contexto ilícito em que a prova foi obtida e, conscientemente, decide colaborar confessando ou entregando provas, o que implica, quase sempre, no assessoramento prévio de um advogado.

Considerando que, no Brasil, o sistema acusatório e o respeito aos direitos fundamentais ainda não estão consolidados, a acolhida dessa exceção pelo legislador é altamente arriscada.

Sobre o assunto, Marcos Zilli pondera que a redação do § 1º do art. 157 serve apenas para expressar o intuito do legislador quanto à inaplicabilidade no sistema brasileiro da mitigação da conexão tênue, para ele havendo um nexo de causalidade ainda que remoto a contaminação deve ser reconhecida⁵⁰⁴.

⁵⁰² Decisão disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3903>. Acesso em 13/11/2019.

⁵⁰³ DEU, Teresa Armenta, op. cit., p. 128. Também, BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. *Criminal Procedure: Examples and Explanations*, 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2004, p. 340-341.

⁵⁰⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O pomar e as pragas. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, jul. 2008, p. 3.

5.6 Exceção da expectativa de privacidade – (*private searches*)

O leading case dessa exceção é *Katz v. United States*⁵⁰⁵ que delineou o conhecido “teste de Katz”, aplicado até hoje pela Suprema Corte norte-americana e cuja função é avaliar se em determinada situação as provas foram obtidas infringindo a expectativa razoável de privacidade do réu, quando então um mandado válido seria exigido segundo o teor da Quarta Emenda.

Charles Katz era um especialista em apostas no basquete universitário e o FBI começou a investigar suas atividades de jogo. Em 1965, sem mandado judicial e utilizando um dispositivo de escuta secreta anexado a um cabine telefônica perto de sua residência, os investigadores gravaram Charles relatando suas opções para as casas de apostas. Katz foi preso sob a acusação de transmitir apostas por telefone através das linhas estaduais dos EUA, conduta típica. A defesa do réu argumentou que a cabine telefônica que ele usava deveria ser considerada uma "área constitucionalmente protegida" sob a Quarta Emenda e, portanto, as gravações de suas conversas pelo FBI deveriam ser excluídas dos autos, porque o FBI não havia obtido um mandado de busca que lhes permitisse fazer uso do dispositivo de escuta. No primeiro grau esse argumento foi rejeitado e Katz condenado com base nas gravações.

No julgamento da apelação interposta por Katz com fundamento no mesmo argumento, a Suprema Corte emitiu decisão favorável a Katz (7 a 1) e anulou sua condenação, afirmando que o que uma pessoa busca preservar como privado, mesmo em uma área acessível ao público, pode ser constitucionalmente protegido. As reivindicações da proteção da Quarta Emenda passaram então a serem submetidas a um teste de dois quesitos: a) a pessoa deve ter exibido uma expectativa real (subjéctiva) de privacidade e b) a expectativa deve ser aquela que a sociedade está preparada para reconhecer como razoável.

A Suprema Corte desde então, considerou que a Quarta Emenda não foi infringida na coleta de evidências por meio do uso de policiais ou informantes disfarçados que se passam por parceiros no crime⁵⁰⁶, ao argumento de que o réu quando se comunica corre o risco de que suas falas sejam transmitidas à polícia e usadas contra si como prova. O Tribunal também considerou que o uso de um avião⁵⁰⁷ ou helicóptero⁵⁰⁸ para ver o quintal do réu não é

⁵⁰⁵ 389 U.S. 347 (1967), que alterou o precedente estabelecido em *Olmstead v. United States* (277 U.S. 438 (1928)).

⁵⁰⁶ *United States vs. White*, 401 U.S. 745 (1991).

⁵⁰⁷ *California vs. Ciralo*, 476 U.S. 207 (1986).

⁵⁰⁸ *Florida vs. Riley*, 488 US 445 (1989).

propriamente uma busca, porque não se pode esperar privacidade razoável de tais observações, já que os fatos vistos pela polícia poderiam ter sido observados por qualquer pessoa que passasse por cima do local. Pela mesma lógica, o uso de um dispositivo de rastreamento eletrônico para acompanhar o andamento de um carro nas ruas públicas não demanda mandado de busca, pois os movimentos do carro são claramente visíveis por qualquer um⁵⁰⁹. Contudo, se a pesquisa invadir a casa do réu, o Tribunal entende de modo contrário, como razoável a expectativa de privacidade no âmbito doméstico, o que requer um mandado prévio de busca baseado em causa provável⁵¹⁰.

Verifica-se, portanto, que a questão de fundo dessa exceção não é o afastamento da ilicitude em si, mas da própria privacidade que se pretende proteger de abusos, onde não houver a expectativa de privacidade não há incidência da garantia constitucional e, conseqüentemente, não há ilicitude alguma. Essa conclusão permite a aplicação no direito interno sem necessidade de reforma legislativa, posto que não trata da garantia processual prevista no art. 5º, LVI, da CF, mas da interpretação do direito material de proteção à privacidade.

Aponta-se o RE 103.425/AM⁵¹¹ como um julgado do Supremo Tribunal Federal brasileiro que aplicou o referido entendimento analisando um caso de identificação da autoria em perícia realizada em computador de lan house utilizado pelo réu e disponibilizado voluntariamente pelo proprietário do estabelecimento. Outro caso, mais recente, pode ser lembrado, o RHC 132.062/RS⁵¹², em que se discutiu a expectativa de privacidade que se tem quanto aos dados armazenados pelo réu em um computador pertencente à Administração Pública.

5.7 *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (princípio da proporcionalidade)*

A exceção operada mediante a aplicação do instrumento hermenêutico do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), de origem alemã, foi melhor explorado no capítulo primevo desse trabalho, dada a sua pretensa utilização, no Brasil, para

⁵⁰⁹ United States vs. Knotts, 460 US 276 (1983).

⁵¹⁰ United States vs. Karo, 468 U.S. 705 (1984), onde um dispositivo de rastreamento colocado dentro de um contêiner revelou que ele foi movido para dentro de uma casa, *Kyllo vs. United States*, 533 U.S. 27 (2001), em que um dispositivo de imagem térmica foi utilizado para medir quantidades relativas de calor emanadas de várias partes da casa do réu e *Florida v. Jardines*, 569 U.S. 1 (2013), que decidiu pela ilicitude do uso policial de um cão de detecção treinado para cheirar narcóticos na varanda da frente de uma residência.

⁵¹¹ Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012 e publicado em 14/08/2012.

⁵¹² RHC 132062, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 22/11/2016 e publicado em 24/10/2017.

afastar a regra constitucional de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente a fim de permitir sua utilização no processo, em determinadas circunstâncias e, casuisticamente, para, segundo Scarance⁵¹³, salvaguardar valor maior também garantido pela Constituição.

Chegou-se à conclusão, como visto, que a importação dessa teoria não se adequa ao ordenamento jurídico brasileiro por várias razões, dentre as principais destacam-se o fato de que Constituição Alemã não possui norma de exclusão probatória, enquanto que o art. 5º, LVI, da Constituição Federal brasileira tem natureza normativa de regra completa, também porque o princípio da proporcionalidade, à luz da teoria dos direitos fundamentais, aplica-se a normas de direitos fundamentais estruturadas como princípios e, por fim, porque até mesmo na Alemanha, esse princípio não se aplica às *evidências obtidas por meio de coação ou fraude, independentemente de seu valor probatório ou da gravidade do crime*.

5.8 Insuperabilidade absoluta

Existem limites que não podem ser transpostos, ainda que ao preço de não se realizar a função jurisdicional de justiça, mesmo que seja para salvar a vida de um refém inocente, de vários reféns inocentes ou da mais alta autoridade de um país, não é permitido, sob hipótese alguma, torturar um suspeito⁵¹⁴.

A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991, é clara: *“Em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificação para tortura”*⁵¹⁵.

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989, é específica quanto à utilização da prova obtida por esse meio:

⁵¹³ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 92/93.

⁵¹⁴ Nesse sentido Hassemer, W., Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada, Revista Ciencias Penales, 14, ano 12, 1997.

⁵¹⁵ Artigo 2º, ponto 2. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em 18/11/2019.

Art. 10. Nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá ser admitida como prova num processo, salvo em processo instaurado contra a pessoa ou pessoas acusadas de havê-la obtido mediante atos de tortura unicamente como prova de que, por esse meio, o acusado obteve tal declaração.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem condenando a Estados por violação à proibição absoluta da tortura e de tratamentos degradantes previstos no art. 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo exemplos os casos *Tomasi vs. França* (12850/87.1992) e *Selmouni vs. França* (25803/94.1999), em que o país foi responsabilizado por forçar confissões.

Até mesmo na Alemanha, onde vigora a *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, a regra de exclusão aplica-se automaticamente às evidências extorquidas do acusado por meios abusivos, ainda que seja para proteger a confiabilidade da prova, reservando-se a teoria da proporcionalidade apenas àquelas obtidas por intrusão na “*esfera constitucionalmente protegida dos direitos civis fundamentais*”⁵¹⁶.

A impunidade será, certamente, menos perniciosa que sustentar juridicamente violação dessa ordem à dignidade humana cometida pelo próprio Estado que, internacionalmente, comprometeu-se junto à comunidade democrática a repudiar esse tipo de conduta.

Por fim, afasta-se veemente a aplicação da conhecida *Ticking Bomb Scenario Theory*, que permite o emprego da tortura na iminência de um ato terrorista ao argumento de exceção permitida pela legítima defesa preventiva, isso porque o art. 51 da Carta das Nações Unidas não a admite. O Estado deve investir em tecnologia e em outros métodos de investigação, notadamente de inteligência, para se proteger de ataques dessa ordem. Independentemente da gravidade do crime, a imposição de métodos de tortura contraria não só o direito interno, como o internacional vigente.

Não há argumento capaz de justificar que a civilização retroceda à barbárie.

⁵¹⁶BRADLEY, Craig M., “The Exclusionary rule in Germany” (1983). Articles by Maurer Faculty. Paper 956. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/956>., nota de rodapé 3, p. 1033.

Considerações Finais

O “caráter principiológico dos direitos fundamentais”, mencionado na obra de Alexy, vem sendo utilizado de forma equivocada pela doutrina e jurisprudência brasileiras como razão para interpretar e aplicar todas as normas constitucionais como sendo, em rigor, princípios, quando na verdade o alemão refuta expressamente essa prática e utiliza a expressão para explicar que: i) quando se cria uma regra o que se faz é estabelecer a restrição de princípios contrapostos; ii) o sopesamento entre princípios conflitantes geram uma regra de direito fundamental subsidiária, iii) regras incompletas admitem sopesamento na parte estruturada como princípio.

A máxima da proporcionalidade decorre da natureza das normas de direitos fundamentais, na medida em que tenham estrutura de princípios.

O art. 5º, LVI, da CF, é do ponto de vista normativo uma regra jurídica completa estabelecida pelo Poder Constituinte originário.

O exame de proporcionalidade é inadequado para qualquer análise que envolva uma regra constitucional originária e completa.

Razoabilidade e proporcionalidade são conceitos distintos, com origem e estrutura próprias.

A única possibilidade de afastar a incidência de uma regra completa é a impossibilidade (fática ou jurídica) de sua aplicação, por isso o juízo a ser feito é mais simples e comporta demonstrar a incompatibilidade da regra geral com um caso verdadeiramente extraordinário, num juízo que mais se aproxima ao da razoabilidade do que ao de proporcionalidade propriamente dito.

O juízo de razoabilidade complementado é o método que permite, superada a impossibilidade

fática, a admissão de provas ilícitas sem afetar a higidez constitucional.

O juízo de razoabilidade complementado refere-se à impossibilidade jurídica, que ocorre apenas em casos raríssimos e verdadeiramente extraordinários, de cujos fatos seja possa extrair valores essenciais para o próprio Estado brasileiro reconhecidos na Carta Política.

O juízo de razoabilidade complementado compreende um discurso argumentativo alinhado aos direitos fundamentais em que a regra constitucional e os princípios da liberdade e igualdade jurídica têm primazia *prima facie* e os precedentes do Supremo Tribunal Federal exercem papel de autoridade, sendo necessário demonstrar que o princípio (ou princípios) contraposto(s) estabelece uma razão contrária e extremamente mais forte do que àquela que sustenta a própria regra, além da ausência de insegurança jurídica causada pela reprodução do comportamento.

O conceito de prova ilícita é restrito às situações em que se violem direitos fundamentais de conteúdo substancial, reservando-se ao conceito de prova ilegítima, todas as demais violações probatórias relacionadas aos direitos fundamentais processuais ou aos direitos previstos na legislação ordinária. Provas ilícitas são aquelas relacionadas a direito material não fundamentado em critério epistemológico.

Se a Carta Política brasileira prevê uma regra de inadmissibilidade processual da prova ilícita e a insere dentre os direitos e garantias individuais, não é o efeito preventivo ou pedagógico de condutas policiais ilegais o fundamento da regra, mas a própria violação aos direitos fundamentais do acusado.

Nos EUA, com relação à exceção de boa-fé, incidente sobre a ilicitude originária, parte-se da premissa de que o fundamento da regra de exclusão americana é apenas o efeito dissuasório. A exceção, portanto, não se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro.

A introdução da exceção de impugnação no Brasil é incoerente com o sistema adotado.

A exceção da contaminação expurgada no Brasil é tecnicamente possível, mas pouco recomendada, pela imaturidade do sistema acusatório e a trajetória de desrespeito aos direitos fundamentais.

A chamada exceção da expectativa de privacidade não é propriamente uma exceção, o que permite a aplicação no direito interno sem necessidade de reforma legislativa.

Quanto à descoberta inevitável é importante que se tenha em mente que, muito embora, na doutrina norte-americana a *inevitable discovery rule* esteja diretamente relacionada ao termo *would have been*, a hipótese de descoberta pela via lícita não é meramente suposta, mas dedutível do caso concreto. É esse o cuidado que se deve ter com reformas legislativas, não é possível que se suponha sempre a possibilidade de obtenção da prova por meios legais, essa interpretação desconexa do caso concreto seria inconstitucional por esvaziar a garantia.

A prova será independente se não houver uma vinculação direta entre a diligência ilícita e àquela realizada posteriormente, ou quando a prova derivada tem concretamente duas origens: uma lícita e outra ilícita, subsistindo como elemento de convicção mesmo com a supressão da fonte ilegal, o que se dá com juízo de certeza, e não de probabilidade como na descoberta inevitável.

A interpretação coesa da regra do art. 5º, LVI, da Constituição Federal brasileira, do art. 157 do Código de Processo Penal brasileiro, da teoria dos direitos fundamentais e do direito comparado quanto às regras de exclusão probatória, só ocorre se considerarmos que: i) a norma constitucional é estruturada como regra completa e tem natureza de direito subjetivo que visa tutelar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos; ii) o princípio da proporcionalidade é instrumento hermenêutico inadequado para qualquer análise que envolva uma regra constitucional originária e completa; iii) o caráter principiológico dos direitos fundamentais não significa que todas as normas dessa natureza são, em rigor, princípios; iv) a admissão de prova ilícita só é possível em raríssimos casos mediante o juízo de razoabilidade complementado; v) o conceito de prova ilícita é restrito às situações em que se violem direitos fundamentais de conteúdo substancial; vi) o fundamento da norma constitucional brasileira ligado à proteção dos direitos fundamentais veda a admissão de provas ilícitas produzidas por particulares ou estrangeiros, ainda que sem participação do Estado; vii) o fundamento da

norma brasileira constitucional ligado à proteção dos direitos fundamentais torna inadequada a importação da exceção de boa-fé; viii) o fundamento da *exclusionary rule* norte-americana, o *deterrent effect*, é diverso da regra constitucional brasileira, o que impede, entre nós, o processo de desconstitucionalização recente levado a efeito naquele país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELLÁN, Marina Gascón. **¿Libertad de prueba? Defensa de la regla de exclusión de prueba ilícita.** Disponível em: https://www.academia.edu/37823795/Libertad_de_Prueba_Defensa_de_la_Regla_de_Exclusi%C3%B3n_de_Prueba_Il%C3%ADcita .

AIETA, Vânia Siciliano. **A garantia da intimidade como direito fundamental.** Lumem Juris, Rio de Janeiro, 1999.

ALEINIKOFF, Alexander. Constitutional law in the age of balancing, **Yale Law Journal** 96, 1987.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, (tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva), São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. “Effects of Defects – Action or Argument? Thoughts about Deryck Beyleveld and Roger Brownsword’s Law as Moral Judgment”, **Ratio Juris** 19 (2006), pp. 169-173.

ALMEIDA, Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALVES, Alaôr Caffé, A função ideológica do direito na sociedade moderna. **Revista Brasileira de Filosofia**, 232/169, jan-jun/2009 in Direito Constitucional: teoria geral do Estado. Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso (organizadores) – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 – Coleção doutrinas essenciais; v. 2.

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AMBOS, Kai. “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán – fundamentación teórica y sistematización”. **Política criminal** nº 7, 2009, AI-7, p. 1-51. Disponível em: [http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf]. Acesso em 25/05/2019.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições da prova em processo penal.** Editora Coimbra: Coimbra, 1992.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. A prova proibida no âmbito penal. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, v. 75, ano 16, 2 bime. mar./abr.1982.

ÀVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 215: 151-179, jan/mar 1999.

_____. “Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência””, **Revista Eletrônica de Direito do Estado** 17 (2009), 1-19.

_____. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2011.

AVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**. Brasília: Lumen Juris, 2008.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei 9.296/96 e da jurisprudência**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As propostas de alteração do regime de provas ilícitas no processo penal. **Boletim IBCCrim** n. 277, São Paulo: dez. 2015.

_____. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In **Garantismo Processual**. José Roberto dos Santos Bedaque; Lia Carolina Batista; Elei Pierre Eid (Coords.) Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 219-260.

_____. **Processo penal**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva: 2016.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 2013: 149-163, jul./set. 1998.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista dos Tribunais** - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, 23 (1998): 65-78.

_____ e BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 232/141-176, Abril/junho, 2003.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia de amplitude da produção probatória, in **Garantias constitucionais do processo civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BELING, Ernest Beling, Ambos, Kai y Guerrero, Óscar Julián Guerrero. **Las Prohibiciones Probatorias**, Bogotá: Editorial Temis, 2009.

BELTRÁN, Ferrer. **Prova e verità nel diritto**. Tradução de Valentina Carnevale, Bologna: Il Mulino, 2004.

BLOOM, Robert; BRODIN, Mark. **Criminal Procedure: Examples and Explanations**, 4th ed. New York: Aspen Publishers, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRITO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

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

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação Contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BUZZELI, Silvia. Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto. In: UBERTIS, Giulio (org.). **La conoscenza del fatto nel processo penale**. Milano: Giuffrè, 1992.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CANOTILHO, J.J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Almedina: Coimbra, 1998.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito**, 3. ed. Rio de Janeiro: Tendas, 2003.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderação de interesses no processo penal**, Salvador: JusPodivm, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte**. Imprensa: Milano, Giuffrè, 1961.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. **Prova ilícita**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, Luís Gustavo Gradinetti Castanho de. **Processo penal (em face da) constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: Sampaio, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rei, 2003.

CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo: v. 13. n. 52, p. 51-67, julho/setembro 2005.

CHRISTIAN STHFKAN SIMONS. **A prova ilícita no direito processual penal norte-americano e alemão e as influências no processo penal brasileiro**. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

CORDERO, Franco. **Ideologie del processo penale**. Imprensa: Milano: Giuffrè, 1966.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais: Razoabilidade, Proporcionalidade e Argumentação Jurídica**, Curitiba, Juruá, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileira entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007

DEU, Teresa Armenta. **La prueba ilícita (un estudio comparado)**. Madrid: Marcial Pons,

2014.

DWORKIN, Ronald Myles. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. É o direito um sistema de regras? **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, RS, v. 34, n. 92, p. 119-158, setembro/dezembro 2001.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. La regla de exclusión de la prueba ilícita: historia de su nacimiento y de su progresiva limitación, **Revista Jueces para la Democracia**, n. 47, p. 59, 2003.

ESTRAMPES. Manuel Miranda. **El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal**. Barcelona: Bosch Editor, 2004.

FARIA, José Eduardo. “Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica, in José Eduardo Faria (org.), **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**, São Paulo: Malheiros, 1996.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). **Crime organizado. Aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.9-28.

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal In: Fernandes, Antonio S.; Almeida, José R. Galvão de; Monaes, Maurício Z. (coord.). **Sigilo no processo penal: Eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 25.

_____. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. In Repressão Penal e Crime Organizado – **Os novos rumos da política criminal após o 11 de setembro** – São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 225/266.

_____. Constituição da República, Código de Processo Penal e sua reforma, in **Justiça Penal, críticas e sugestões**, coordenação de Jaques de Camargo Penteado, Revista dos Tribunais, 1994, p. 72.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. 4 ed. Madrid: Trotta, 2000.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **Princípio da proporcionalidade – Uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jünger Habermas**, Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009.

FERRUA, Paolo, Contradditorio e veritá nel processo penale, in **Studi sul processo penale**, II, Anamorfosi del processo accusatorio, Torino: Giappichelli, 1992, p.49.

FISCHER, Douglas. O que é Garantismo Penal (Integral)?. In **Garantismo Penal Integral Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil**. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella (organizadores). Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. Prova ilícita no direito pátrio e no direito comparado. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, ano 3, n. 6, p. 231-325, jul./dez., 1995.

FORBES, Jessica Forbes. The Inevitable Discovery Exception, Primary Evidence, and the Emasculation of the Fourth Amendment, 55 **Fordham Law Review**. 1221 (1987). Available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol55/iss6/14>.

GOMES, Luiz Flávio. Prova ilícita: direito à exclusão dos autos do processo (*exclusionary rule*). **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 92, n. 809, p. 471-484, mar. 2003.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Novas tendências em matéria de provas ilícitas. Relatório de síntese. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio (Orgs.). **Direito processual comparado**. XIII World Congress of procedural law. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, vol. 85. p. 393-410. JUL-AGO/2010.

GÖSSEL, Karl-Heinz. As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, 2 (3), p. 397-441, 1992.

_____. Las prueba ilícita en el proceso penal. In **El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho**. Obras completas. Dir. por Edgardo Alberto Donna, Santa Fé: Rubinzal-Culzoni,

2007.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance e FILHO, Antonio Magalhães Gomes Filho. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Liberdades públicas e processo penal – As interceptações telefônicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GUINALZ, Ricardo Donizete. **Princípio da proporcionalidade e o processo penal**. 2002. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo. Orientador: Antonio Magalhães Gomes Filho.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1-2.

_____. Reply to symposium participants. In **Habermas on law and Democracy**. Ed. M. Rosenfeld and A. Arato. 381-452. Bekerly, CA: University of Califórnia Press, 1998.

HAMILTON, Sergio Demoro. **Processo Penal: reflexões**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

HASSEMER, Winfried. Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada, **Revista Ciencias Penales**, 14, ano 12, 1997.

IBÀÑEZ, Perfecto Andrés, **Prueba y convicción em el processo penal**, 1ª ed, Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

ISENSEE, Josef. **Das Grundrecht auf Sicherheit**, Berlin: Walter de Gruyter, 1983.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Trad. João Batista Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**, Trad. Luíz Díez-Picazo, Madrid: Civitas, 1993.

LIMA, ALCIDES DE MENDONÇA. **A eficácia do meio de prova ilícito no CPC Brasileiro**, Revista da AJURIS, n. 38, novembro/1986.

LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **Otimização de Princípios, Separação de Poderes e Segurança Jurídica: O Conflito entre Princípio e Regra**, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2012.

MALAN, Diogo Rudge. Gravações ambientais domiciliares no Processo Penal, *in* **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. 2 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012, p. 335-345.

MARK E. CAMMACK. The United States: the rise and fall of the constitutional exclusionary rule, in **The American Journal of Comparative Law** vol. 58, Supplement: Welcoming the World: U. S. National Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law (2010), p. 631-658.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, volume I, Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Curso de Direito Constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, 5. Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica, in Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.) **Direito e interpretações: Racionalidades e Instituições**, São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e as provas ilicitamente adquiridas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 205, jul./set. 1996.

MOREIRA, Luíz. **Fundamentação do Direito em Habermas**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

OLIVEIRA, Adriana Almeida. O que significa dizer que a prova ilícita é inadmissível?

Revista Fórum de Ciências Criminais, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, p. 145/173, jul./dez., 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Flávio Beicker Barbosa. **Controle da Omissão Estatal em Direitos Fundamentais**, Dissertação de Mestrado, FADUSP, 2013.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Estado de derecho y derechos fundamentales**. 8ed., Madri: Tecnos, 2003.

PITLER, Robert M. The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized, 56 **California Law Review** 579 (1968), Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss3/2>.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, 1ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____, **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo: RT, n. 47, 9. 60-122, março/abril, 2001.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: A Philosophical Examination of Rule Based Decision Making in Law and in Life**, Oxford: Oxford University Press, 1993.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização e introdução: Leonardo Martins. Traduzido por Beatriz Hennig et al. Montevideú: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005.

SILVA, Eduardo Araújo da. **O procedimento probatório em face do crime organizado**. 2002. 195 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, Orientador: Antonio Magalhães Gomes Filho.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Tese apresentada ao concurso para provimento do cargo de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado – área de Direito Constitucional – da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

_____. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798, 2002, 23-50.

_____. **Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**, Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1, 2003, 607-630.

SKLANSKY, David Alan. Is the Exclusionary Rule obsolete? **Ohio State Journal of Criminal Law**, Vol. 5, nº 2, 2008.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de Direito fundamental. In: Silva, Luís Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHOLLER, Heirich. **O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/infobase/459ac/45a1e/462fd?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>.

THAMAN, Stephen C. (Ed.). **Exclusionary Rules in Comparative Law**, Nova York: Springer, 2013.

TARUFFO, Michele. **Trattato di Diritto Civile e Commerciale**. Vol. III. La prova dei fatti giuridici. Milão: Dott. A. Giufreè Editore, 1992.

_____. Idee per una Teoria della Decisione Giusta, **Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile**. Bologna: Il Mulino, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

TUSHNET, Mark. The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law. **Oxford University Press and New York University School of Law** 2003, I. CON, Volume 1, Number 1, 2003, pp. 79-98.

VASCONCELOS, Roberto Prado de. Provas ilícitas (enfoque constitucional). **Revista dos Tribunais**, ano 90, vol. 791, p. 456-486, set. 2001.

VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VIGO, Rodolfo Luís. **Interpretação Jurídica**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZAPATERO, Luiz Arroyo. A harmonização internacional do direito penal: ideias e processos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 84, São Paulo: RT, mai. 2010.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A prova ilícita e o Tribunal Penal Internacional: regras de admissibilidade**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo. Orientador: Antonio Magalhães Gomes Filho.

_____. **As provas ilícitas no processo penal brasileiro e no direito penal internacional: duas cabeças, duas sentenças**. In: SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coord.). Proibições probatórias no processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. **O pomar e as pragas**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, jul. 2008.

WALDRON, Jeremy. The Principles of Legislation, in Richard W. Bauman, **The Least Examined Branch: The Role of Legislature in Constitutional States**, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 15-32.

WALKER, Samuel. Thanks for Nothing, Nino. **LA. Times**, 25 de junho de 2006.