

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

MARCELO SANTOS MORO

**PROVAS ILÍCITAS
À LUZ DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE**

MARÍLIA
2012

MARCELO SANTOS MORO

PROVAS ILÍCITAS
À LUZ DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Dr. MÁRIO FURLANETO NETO

MARÍLIA
2012

Moro, Marcelo Santos

Provas ilícitas à luz da teoria da proporcionalidade / Marcelo Santos Moro; orientador: Mário Furlaneto Neto. Marília, SP: [s.n.], 2012.

61 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012.

1. Prova 2. Direitos fundamentais 3. Prova ilícita 4. Princípio da proporcionalidade

CDD: 341.434



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Marcelo Santos Moro

RA: 43003-1

PROVAS ILÍCITAS À LUZ DA TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

ORIENTADOR(A):

Mário Furlaneto Neto

1º EXAMINADOR(A):

José Eduardo Lourenço dos Santos

2º EXAMINADOR(A):

Melissa Zani Gimenez

Marília, 04 de dezembro de 2012.

À Deus, criador do céu e da terra, por me conceder o dom da vida e deixar-me desfrutá-la com saúde.

À minha mãe Nair pelo amor e apoio incondicionais, sem os quais o sonho não seria possível.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores; em especial, aos insignes mestres José Eduardo Lourenço dos Santos; Roberto da Freiria Estevão; Marco Antônio de Macedo Marçal; Roberto Brianezi de Lima; Carlos Ricardo Fracasso; Ricardo Pinha Alonso e Jairo José Gênova que contribuíram de modo significativo para o meu crescimento pessoal e profissional.

Agradeço também aos colegas de sala pela amizade e compreensão ao longo desses anos, em particular aos meus amigos de labuta: Carlos Eduardo Franciscati Bravo; Emerson Costa Soares; Fernando Lima Rudolf e Guilherme Henrique de Lima Valenciano, os quais sempre me estenderam a mão nessa longa batalha.

Agradeço de modo especial:

Ao Prof. Dr. Mário Furlaneto Neto, mestre pautado pela seriedade e respeito, e que contribuiu sobremaneira para a evolução e conclusão deste trabalho, tornando, assim, o caminho mais sereno e menos espinhoso, bem como ao Professor e Coordenador do Curso de Direito Edinilson Donisete Machado, sempre atencioso e receptivo aos reclamos discentes.

"A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos"

(Hannah Arendt)

"Não há uma presunção geral que estabeleça nem que o homem é, sempre e sob todas as perspectivas, livre, nem que ele nunca e sob nenhuma perspectiva o é. O conhecimento da experiência diz-nos que o homem é simultaneamente livre e não livre, umas vezes mais livre, outras vezes menos. O problema está então em saber quando e onde se deve razoavelmente postular a liberdade e quando e onde se deve razoavelmente postular

a falta de liberdade"

(Arthur Kaufmann)

MORO, Marcelo Santos. **Provas ilícitas à luz da teoria da proporcionalidade**. 2012. 61 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

RESUMO

O trabalho de conclusão de curso tem como objeto de estudo, “Provas ilícitas à luz da teoria da proporcionalidade”. Com o declínio do poder absoluto das monarquias e o fortalecimento do pensamento racional, os direitos e garantias fundamentais, bem como os postulados democráticos, foram, gradualmente, se assentando nos países ocidentais. Por outro lado, o já inoperante sistema feudal demonstrava sinais de esgotamento, além de obstar o crescimento da incipiente classe industrial burguesa, que buscava eliminar os privilégios estamentais conferidos a nobreza e ao clero. Nesse contexto histórico, os Estados modernos promulgam as Declarações de Direitos, assegurando aos seus nacionais os direitos de primeira dimensão, propagados sob a égide da liberdade. Entre esses direitos fundamentais, destacam-se as garantias processuais, nucleadas no princípio do devido processo legal, onde são cunhados os princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da presunção de inocência, da inadmissibilidade das provas ilícitas, entre outros. Nesse cenário, as provas começam a ganhar atenção especial dos operadores do direito, uma vez que passam a ser vistas como o cerne do processo. Desenvolve-se, assim, a teoria geral da prova, onde são delimitados os meios lícitos e ilícitos de provas, bem como a teoria dos frutos da árvore envenenada e mais, recentemente, o princípio da proporcionalidade. Dentro deste contexto, por meio de uma revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, tem-se por objetivo analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade na valoração das provas ilícitas “pro societa”. Conclui-se que a utilização do princípio da proporcionalidade, no contexto das provas ilícitas, é mais adequada aos ditames da justiça e aos anseios sociais, visto que os direitos fundamentais em colisão não são absolutos, devendo, portanto, serem valorados para a aceitação ou não da prova ilícita, inclusive, a favor da acusação.

Palavras-chave: Provas. Direitos fundamentais. Provas ilícitas. Princípio da proporcionalidade.

MORO, Marcelo Santos. **Provas ilícitas à luz da teoria da proporcionalidade**. 2012. 61 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

ABSTRACT

The work of completion has as its object of study, "illegal evidence in the light of the theory of proportionality." With the decline of the absolute power of the monarchy and the strengthening of rational thought, the fundamental rights and guarantees, as well as the democratic postulates, were gradually settling in western countries. On the other hand, already dead feudal system showed signs of exhaustion, and impede the growth of the incipient industrial bourgeois class, which sought to eliminate the privileges conferred class the nobility and clergy. In this historical context, modern states enact the Bills of Rights, ensuring the rights of its nationals first dimension, propagated under the aegis of freedom. Among these fundamental rights, there are the procedural safeguards, nucleated on the principle of due process, where they coined the principles of adversarial, legal defense, the natural judge, the presumption of innocence, of inadmissible evidence, illegal, among others. In this scenario, the evidence began to gain attention from law operated since come to be seen as the heart of the process. It develops, so the general theory of proof, where are delimited lawful and unlawful means of evidence, and the theory of the fruits of the poisonous tree and more recently, the principle of proportionality. Within this context, through a literature review, legislative and judicial, has the objective of analyzing the principle of proportionality in the valuation of illegal evidence "pro SOCIETA." We conclude that the use of the principle of proportionality in the context of illegal evidence, it is more appropriate to the dictates of justice and social concerns, since fundamental rights are not absolute in collision, and should therefore be valued for the acceptance or no proof of unlawful even in favor of the prosecution.

Keywords: Evidence. Fundamental rights. Illegal evidence. Principle of proportionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.: Artigo

Ap.: Apelação

Cap.: Capítulo

CF: Constituição Federal

CPC: Código de Processo Civil (Lei n. 5869/73)

CPP: Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41)

Ex: Exemplo

HC: *Habeas Corpus*

J: Julgamento

Min.: Ministro

N: Número

P: Página

Rel.: Relator

RTJ: Revista Trimestral de Jurisprudência (Brasília)

STF: Supremo Tribunal Federal

V.g.: por exemplo (*verbi gratia*)

VU: Votação Unânime

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DAS PROVAS	15
1.1 Antecedentes das declarações de direitos	15
1.2 Magna carta inglesa	16
1.3 Declaração de direitos inglesa	17
1.4 Independência e as declarações de direitos norte-americanas	18
1.5 As declarações de direitos da revolução francesa.....	20
CAPÍTULO 2 – TEORIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	23
2.1 Conceito dos direitos fundamentais	23
2.2 Características dos direitos fundamentais.....	24
2.3 Classificação dos direitos fundamentais	26
2.4 Direitos e garantias fundamentais.....	28
CAPÍTULO 3– TEORIA GERAL DAS PROVAS	31
3.1 Conceito e finalidade	31
3.2 Objeto da prova.....	32
3.3 Meios de prova	34
3.3.1 Prova emprestada.....	36
3.4 Ônus da prova	36
3.4.1 O alibi.....	38
3.5 Sistemas de apreciação das provas	39
CAPÍTULO 4 – PROVAS ILÍCITAS	42
4.1 Conceito.....	42
4.2 Provas ilícitas e a inviolabilidade dos direitos fundamentais	43
4.3 Provas derivadas das provas ilícitas	45
4.4 Fonte independente e descoberta inevitável	48
4.5 O princípio da proporcionalidade e a prova ilícita “pro reo”	51
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

Através da consagração dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 assegurou aos particulares os direitos essenciais a uma existência digna e, ao mesmo tempo, fixou os limites de atuação do Estado perante os mesmos. No que tange aos processos em geral, a Lei Maior estabeleceu diversas garantias, entre as quais, a inadmissibilidade das provas ilícitas; restringindo, assim, as prerrogativas do Poder Público quando da produção ou da colheita de provas.

Nesse panorama, a Constituição brasileira vedou, de forma categórica, a obtenção de provas produzidas ao arripio da lei; seja da lei material, quando o agente comete um ilícito na obtenção da prova, violando ou não direitos fundamentais; seja da lei processual, quando, ao introduzir a prova no processo, o agente não observa a forma processual prevista em lei. Assim, a Carta Magna deixou claro que a ilicitude abrange tanto a prova ilegal quanto a ilegítima.

Relativamente às provas ilícitas derivadas, o legislador constituinte originário nada disciplinou, deixando tal encargo à legislação infraconstitucional. Com a edição da lei 11.690/08, modificando o Diploma Processual Penal, o legislador pátrio proibiu a introdução ou valoração de provas colhidas de forma aparentemente lícita, quando tenham derivado de uma prova ilícita, (art. 157, “caput”, CPP) adotando expressamente a teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada.

Por outro lado, ressurge e ganha força no direito germânico o princípio da proporcionalidade, que aplicado no contexto das provas ilícitas, sopesa os direitos fundamentais em colisão para admiti-las ou não. Ao contrário da teoria da prova ilícita por derivação, que despreza qualquer resultado processual, o princípio da proporcionalidade, também conhecido como razoabilidade, avalia o caso “in concreto” para, só assim, rejeitar ou aceitar a prova ilicitamente derivada.

Assinale-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacionais têm postergado a aplicação do princípio da razoabilidade em processo penal, tendo como principal argumento o fato de que a justiça não deve ser lograda a qualquer custo, sendo imprescindível observar as regras e limites impostos pelas Constituição, sob o risco de se aviltar os direitos fundamentais e de se violar o princípio do devido processo legal. Importa ressaltar que, mesmo antes da promulgação da lei 11.690/08, os Tribunais pátrios, sob o influxo da fórmula

norte-americana, já vinham aplicando-a em suas decisões, sobretudo com forte apelo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

Todavia, em que pese os argumentos desfavoráveis, a teoria da proporcionalidade vem angariando adeptos, especialmente entre a doutrina moderna, que entende ser perfeitamente possível a valoração de uma prova derivada ilícita em sede de processo penal, desde que o direito individual sacrificado tenha valor inferior ao interesse coletivo em questão; priorizando, assim, o justo resultado processual e a tutela do direito coletivo em detrimento de alguns direitos fundamentais individuais.

Oportuno se torna dizer que, embora o Texto Magno tenha vedado de forma absoluta a obtenção de provas por meios ilícitos, a doutrina e a jurisprudência flexibilizaram o dispositivo constitucional, admitindo a prova ilícita “pro reo” ou quando o réu tenha produzido a prova ilícita em legítima defesa. Contudo, quando a prova ilícita e suas derivadas são produzidas a favor da acusação, predomina a inadmissibilidade das provas ilícitas, por meio da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Pois bem, o estudo das provas, e sobretudo das provas ilícitas, é relevantíssimo, uma vez que toda dialética processual gira em torno delas. Nesse sentido, deve-se dizer que as provas são o âmago da ciência processual, uma vez que elas têm o condão de decidir os rumos e o desfecho de um processo.

Assim, se o órgão acusador, através de suas provas, consegue demonstrar para o Juiz, que os fatos narrados em sua petição são verdadeiros, incumbindo-lhe em seu espírito um sentimento de certeza em relação àqueles fatos, o réu provavelmente será condenado. Do contrário, se a acusação não conseguir demonstrar os fatos alegados em Juízo ou prová-los de maneira insuficiente ou, ainda, o acusado provar, durante a instrução probatória, que não concorreu para o delito que lhe é imputado, certamente será absolvido.

Ademais, em obediência ao princípio da persuasão racional, o Magistrado, quando prolata uma sentença, deve fundamentá-la por meio das provas colhidas na instrução processual. Dessa forma, não basta que o Juiz simplesmente pronuncie a sentença, deve ainda apontar quais foram os fundamentos, ou melhor, quais foram as provas que o levaram a sua decisão final. Caso o provimento final não esteja em conformidade com as provas colhidas na fase de instrução, será facilmente fulminado de nulidade ou ainda reformado pelos Tribunais.

Nesse prisma, a adoção pelo Juiz do princípio da proporcionalidade ou da teoria da prova ilícita por derivação, quando do surgimento de uma prova derivada ilícita, em sede de processo penal, será preponderante para ele aceitar ou rejeitá-la e, por conseguinte, condenar ou absolver o acusado com base nessa prova. Daí a importância do estudo minucioso das

provas (í)lícitas, que sem dúvida são a alma do processo penal, bem como do princípio da proporcionalidade, que deve nortear a valoração pelo Juiz dessas provas.

Como se pode notar, a importância do instituto das provas ilícitas, por si só, autoriza a análise aprofundada do tema. Entretanto, o estudo busca, também, contribuir científica e socialmente para o instituto das provas ilícitas à luz do princípio da proporcionalidade para, ao fim e ao cabo, demonstrar que o princípio em questão é mais justo e condizente com o Estado Democrático de Direito, bem como aos postulados da justiça na repressão dos delitos mais graves; podendo inclusive ser aplicado a favor da acusação.

Em virtude dessas considerações, desponta a seguinte questão orientadora da presente pesquisa: surgindo provas ilícitas em processo penal, o princípio da proporcionalidade deveria ser aplicado também “pro societa”? Com base nesta indagação, surgem outras questões não menos relevantes, a saber: a prova ilícita derivada poderia ser aceita no processo penal, quando da apuração de crimes graves, com base no princípio da proporcionalidade? Pode-se dizer que a aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, quando da ocorrência de uma prova ilícita derivada em processo penal, é mais condizente com os postulados do Estado Democrático de Direito e ao respeito aos direitos fundamentais do que o princípio da proporcionalidade?

Assim sendo, o estudo do tema tem como objetivo geral analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade, para a aceitação das provas ilícitas “pro societa”, principalmente, em face de crimes graves, onde se exige uma repressão maior por parte do Estado. Como objetivos específicos têm-se os seguintes: (1) identificar como e em quais casos de colisão de direitos fundamentais deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade; (2) analisar a teoria da prova ilícita por derivação e suas consequências práticas; e, (3) examinar a flexibilização da doutrina no que tange à inadmissibilidade das provas ilícitas “pro reo”.

Conforme os objetivos propostos, o método empregado será o hipotético-dedutivo, tendo como contexto de estudo os direitos fundamentais, as provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade. As técnicas de pesquisa utilizadas serão a revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, tendo na análise do conteúdo de documentos o instrumento de coleta de dados.

O trabalho será desenvolvido em quatro capítulos, a presente introdução e a conclusão da pesquisa. Na introdução, foi apresentada uma sucinta contextualização do tema, a justificativa, o problema e os objetivos da pesquisa.

No primeiro capítulo, realizarei o estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais, voltado para o contexto das provas. Após, abordar-se-á as principais

Declarações de Direitos e os documentos que as antecederam. Veremos, também, as principais causas que deram origem ao surgimento das Declarações de Direitos e como estas contribuíram para a evolução do instituto das provas, do processo penal e dos princípios processuais, que estão presentes até hoje nos ordenamentos jurídicos modernos.

No segundo capítulo, outrossim, tratarei do importante estudo dos direitos e garantias fundamentais, só que voltado à parte teórica. Apresentaremos a classificação dos direitos fundamentais no contexto constitucional, bem como o seu conceito, ante as infindáveis terminologias existentes, o que dificulta o intento. Ver-se-á, ainda, as principais características dos direitos fundamentais e a sua polêmica classificação cronológica, conhecida, também, por gerações ou dimensões de direito. Em última análise, exporemos as principais diferenças entre os direitos e garantias fundamentais e a aplicabilidade dos mesmos.

No terceiro capítulo, estudar-se-á a teoria geral das provas, começando pelo seu conceito e finalidade. Adiante, veremos o objeto de prova, ou melhor, o que necessita ser provado em Juízo, assim como o tópico meios de provas, que servirá de supedâneo para o estudo do último capítulo. Analisarei, ainda, o importantíssimo instituto do ônus da prova e os controversos poderes conferidos aos Juízes para a produção de provas. Por fim, serão apresentados os três sistemas de apreciação de provas que permeiam nosso ordenamento jurídico e a polêmica questão da fundamentação do Juiz, no tocante as provas colhidas na fase inquisitória.

No quarto e último capítulo, começaremos por apresentar o conceito de provas ilícitas e a discussão doutrinária existente a cerca de sua classificação. Em seguida, serão analisadas as provas ilícitas e a inviolabilidade dos direitos fundamentais, onde será possível demonstrar a íntima relação entre as provas ilícitas e os direitos fundamentais, bem como a inter-relação entre todos os capítulos. Outrossim, tratarei das provas derivadas das provas ilícitas, onde buscaremos esquadriñar a teoria dos frutos da árvore envenenada e as exceções legais da fonte independente e da descoberta inevitável. No último tópico, e também o ponto central da pesquisa, ingressar-se-á no estudo do princípio da proporcionalidade, a fim de apresentar as posições doutrinárias e jurisprudências a respeito do tema, bem como nosso posicionamento.

CAPÍTULO 1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DAS PROVAS

1.1 Antecedentes das Declarações de Direitos

A Antiguidade praticamente desconheceu a tutela dos direitos fundamentais, época em que floresceu grande parte dos institutos do Direito Privado. Canotilho, ao discorrer sobre os direitos fundamentais no processo histórico, obtempera que:

Quando se põe a pergunta da existência da ideia de direitos do homem na antiguidade a resposta é negativa. Basta recordar que Platão e Aristóteles consideravam o estatuto da escravidão como algo de natural. O primeiro julgava que só um pequeno número de homens especialmente qualificados possuía um verdadeiro saber acerca da pilotagem do Estado e perante este pequeno número os demais indivíduos estavam obrigados a uma obediência incondicionada, convertendo-se em seus súditos ou escravos. Significativo é o tema por ele desenvolvido das três raças (de ouro, de prata e de bronze) destinadas a desempenhar funções diferentes na cidade (República, Livro III). O segundo, enfrentando a questão da iniquidade do estatuto da escravidão, acaba por fazer a defesa da condição natural de escravo: <Aquele que por lei natural não pertence a si mesmo mas que não obstante ser homem pertence a outro, é naturalmente escravo>. (1989, p. 421)

Procurando delimitar o nascimento dos direitos fundamentais, Silva (2009, p. 151) aponta que: “Foi, no entanto, no bojo da Idade Média que surgiram os antecedentes mais diretos das declarações de direitos. Para tanto contribuiu a teoria do direito natural que condicionou o aparecimento do princípio das *leis fundamentais do Reino* limitadores do poder do monarca, assim como o conjunto de princípios que se chamou *humanismo*.”

Historicamente, o marco inicial dos direitos fundamentais do homem confunde-se com o surgimento das declarações de direitos do século XVIII, sobretudo a Declaração de Virgínia de 1776 e a Declaração do Homem e do Cidadão, promulgada em 1789 pela Revolução Francesa. A edição dessas declarações deu origem ao nascimento dos direitos fundamentais em seu sentido moderno, onde, pela primeira vez na história, os mesmos foram conferidos a toda uma nação ou a todo homem indistintamente como na Declaração Francesa.

Ainda que seja importante estabelecer um marco histórico do nascimento dos direitos fundamentais do homem, contudo, não é menos relevante apontar as suas causas. Ferreira Filho (1999) suscita três como as principais, a saber: os abusos do absolutismo, o

fortalecimento do pensamento racionalista do Direito Natural e a transição de uma economia feudal para uma incipiente era industrial.

Entre as três causas ventiladas pelo autor, contemplando, respectivamente, o plano político, filosófico e econômico, resta demonstrado que a opressão absolutista, seja a perpetrada pelo “Ancien Régime”, em França, seja a da Coroa Britânica nas colônias americanas, foi o motivo determinante para a proclamação das declarações. Importa ressaltar, no entanto, que somente em virtude da conjuntura político-econômico-filosófica, formada ao longo do século XVIII, é que se possibilitou a edição e a afirmação histórica dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos pelo resto do mundo.

Cumprir lembrar ainda que, embora as declarações editadas no século XVIII tenham sido as precursoras dos direitos fundamentais, não se pode olvidar, porém, a importância histórica dos documentos antecedentes, principalmente a Magna Carta e o “Bill of Rights” que fundamentaram o constitucionalismo inglês e influenciaram os documentos que os sucederam, em especial as declarações norte-americanas. Passaremos a seguir a estudá-los.

1.2 Magna Carta Inglesa

A Magna Carta (1215-1225) foi o primeiro documento a restringir o poder soberano e, concomitantemente, estabelecer direitos e garantias fundamentais aos súditos. Tolhida em suas prerrogativas estamentais, a nobreza e o clero inglês impuseram a Carta ao enfraquecido rei João Sem Terra, que se viu obrigado a ratificar o documento. Apesar de a Carta inglesa ter sido o marco inicial de uma série de documentos e declarações que vieram a formar o constitucionalismo inglês, é vista, nos dias de hoje, mais como um pacto feudal entre a nobreza e o rei do que uma declaração de direitos.

De fato, os direitos insculpidos na Magna Carta não foram extensivos a todo povo inglês, porém impôs, pela primeira vez, limitações ao soberano, bem como garantiu a estabilidade das instituições inglesas, que paulatinamente assentaram os direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, Silva citando a “Magna Charta” e as demais cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais da Inglaterra, salienta que:

Não são, porém, declarações de direitos no sentido moderno, que só apareceram no século XVIII com as Revoluções americana e francesa. Tais textos, limitados e às vezes estamentais, no entanto, condicionaram a formação de regras consuetudinárias de mais ampla proteção dos direitos humanos fundamentais. Realmente a estabilidade e o sempre firme desenvolvimento das instituições inglesas bastaram para tornar ociosa uma lista maior das liberdades

públicas. A constante afirmação do Parlamento inglês e dos precedentes judiciais, formando a *common law*, fora suficiente, com aqueles documentos históricos, para assentar o mais firme respeito pelos direitos fundamentais do homem. (2009, p. 151/152)

Relativamente às provas, a “Magna Carta Libertatum”, em seu artigo 38, vedava o julgamento de qualquer homem por um funcionário do rei, com base somente em suas declarações, sendo indispensável à produção de provas, inclusive testemunhais para demonstrar a verdade do delito alegado.

Outrossim, consagrou pela primeira vez o princípio do devido processo legal, nos termos do artigo 39, prescrevendo, que: *“Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra.”*

Após a edição da Magna Carta em 1215, seguiram-se, na Inglaterra, outros documentos que, igualmente, procuravam, em um só tempo, limitar o poder real e ampliar os direitos e garantias dos súditos, como: o “Petition of Rights” (1628), “Habeas Corpus Act” (1679), o “Bill of Rights” (1688) e o “Act of Settlement” (1707).

1.3 Declaração de Direitos Inglesa

O “Bill of Rights” foi, depois da Magna Carta, o documento mais importante elaborado pelo constitucionalismo inglês. Um levante da nobreza protestante, contra o rei católico James II, sucessor do impopular Carlos II, soberano que matinha ligações pessoais com o rei Luis XIV da França, até então, inimigo mortal da Inglaterra, acabou desencadeando a “Glorious Revolution” de 1688. Após a fuga de Jaime II para a França, os dois partidos políticos da Inglaterra, sob o comando da nobreza – “Whing” e “*Tories*” – convidaram o Príncipe Guilherme de Orange, juntamente com a sua esposa Maria de Stuart, filha de Jaime II, adepta da religião protestante, a assumir o trono inglês, sob a condição de aceitarem integralmente os termos da declaração de direitos votada pelo Parlamento.

Embora o “Bill of Rights” inglês tenha sua origem em contendas religiosas, sua maior contribuição foi estabelecer as bases para a tripartição dos Poderes, criada por Montesquieu, em sua célebre obra “L'Esprit des lois”. Convém notar ainda que, enquanto o documento tenha concedido vários direitos aos súditos, seu maior trunfo foi conferir

independência ao Parlamento perante o rei, que se viu pela primeira vez livre das amarras do poder absoluto do soberano. Nesse diapasão, Comparato sustenta, “in verbis”, que:

Mas o essencial do documento consistiu na instituição da separação de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão precipuamente encarregado de defender os súditos perante o Rei, e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste. Ademais, o *Bill of Rights* veio fortalecer a instituição do júri e reafirmar alguns direitos fundamentais dos cidadãos, os quais são expressos até hoje, nos mesmos termos, pelas Constituições modernas, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis (*cruel and unusual punishments*). (p. 93, 2003)

No tocante as provas, a declaração de direitos inglesa pouco ou nada contribuiu, prescrevendo apenas que: “as aplicações ou comunicações de multas e penas sem culpa formada são ilegais e nulas”. Esboçou, também, o princípio do juiz natural, assentando que os jurados deveriam ser devidamente alistados e sorteados.

1.4 Independência e as Declarações de Direitos Norte-americanas

Na segunda metade do século XVIII, com a promulgação da Declaração de Direitos do Estado americano da Virgínia em 1776, a afirmação histórica dos direitos humanos transplanta-se do continente europeu para o americano. Entre as Declarações de Direitos norte-americanas, a do Estado de Virginia é considerada a mais importante, pois, além de ter sido promulgada meses antes da Declaração de Independência, passou a servir de modelos para as demais e a ser vista como a primeira declaração de direitos fundamentais em sentido moderno.

No entanto, antes de estudarmos os “Bill os Rights” norte-americanos, mister se faz analisar primeiro um acontecimento histórico de suma importância para a compreensão das próprias declarações e, principalmente, pelo fato de ter sido o primeiro documento a consagrar a afirmação dos princípios democráticos na era moderna: a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776.

Os crescentes e vultosos gastos militares da guerra franco-inglesa decorrente da disputa pela colonização das terras do continente americano, fez com que a Inglaterra aumentasse seu jugo contra as colônias britânicas da América do Norte. No ano de 1763, a Inglaterra traçou uma linha de demarcação, nos montes Apalaches, proibindo qualquer tipo de comércio direto pelos colonos americanos com as tribos indígenas. Nessa mesma década, a

Inglaterra passou a instituir sucessivos tributos, principalmente sobre as relações comerciais dos colonos, prejudicando-lhes sobremaneira.

As medidas cada vez mais opressoras da metrópole inglesa deu vazão a diversas revoltas dos colonos americanos, que, por sua vez, passaram a se reunir, a partir de 1774, em Congressos Continentais, sendo que no Congresso de 1776, foi proclamada a Independência dos Estados Unidos da América.

Comparato (2003) aponta três grandes características socioculturais que prepararam o terreno para o nascimento do novo Estado. Em primeiro lugar, e a mais importante para o autor, foi a não reprodução em solo americano da sociedade estamental europeia, onde prevalecia a estratificação social rígida. Havia nas colônias britânicas certa igualdade jurídica entre os homens livres, que diferente do espírito aristocrático europeu, movido pelo sentido da honra e ligado aos privilégios pessoais, deu lugar ao espírito empresarial e a paixão pelo lucro dos colonos americanos. As outras duas grandes características, aponta o autor como decorrentes da primeira, foram: a defesa das liberdades individuais e a obediência dos poderes governamentais ao consentimento popular.

Como se nota a relevância histórica da independência é imensa, vez que foi o primeiro documento a conjugar em seu texto o respeito aos direitos fundamentais e a soberania popular.

Já as declarações de direito norte-americanas, além de contribuírem para o surgimento da democracia, reconhecendo, pela primeira vez, que todo poder pertence e emana do povo e conferir status constitucional aos direitos fundamentais, superior, portanto as leis ordinárias, deram uma importante contribuição ao fortalecimento das garantias do processo judicial, indo além do “Bill of Rights” inglês.

Para Comparato, o respeito ao devido processo legal, nas Declarações de Direitos norte-americanas, foi o principal elemento garantidor da observância dos direitos fundamentais, “*verbis*”:

Mas o grande elemento revitalizador dos direitos fundamentais nos Estados Unidos tem sido, inegavelmente, a fórmula geral do necessário respeito ao “*due process of law*”. A jurisprudência, logo após o término da guerra civil, assentou que, além dos efeitos processuais (notadamente o direito a uma ampla defesa em todo processo crime), a cláusula tem também um elemento substancial: toda vez que uma lei restringe ou suprime indevidamente a liberdade individual, ela viola um direito inato da pessoa, cuja proteção constitui a finalidade de toda organização estatal. (2003, p. 121)

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, em seu artigo 8, assegurava a fórmula do “due process of law”, prescrevendo uma série de garantias processuais que, atualmente, estão presentes em todas as constituições modernas e formam a base principiológica do processo penal constitucional brasileiro. Vale a pena transcrevê-lo:

Art. 8. Em todos os processos criminais ou que impliquem na pena de morte (*capital prosecutis*), o réu tem direito de saber a causa e a natureza da acusação, de ser acareado com os acusadores e testemunhas, de produzir prova em sua defesa, bem como de ser julgado com presteza por um júri imparcial de sua vizinhança, o qual só pode considerá-lo culpado pela unanimidade de seus membros, sem que o réu seja obrigado a fornecer prova contra si mesmo. Ninguém será privado de sua liberdade, a não ser por força da lei de terra ou pelo julgamento de seus pares.

Como se nota, no que tange as provas, o dispositivo acima deu uma contribuição inestimável, prevendo a acareação do acusado com as testemunhas, a produção de provas pelo réu, bem como consagrou o princípio da presunção de inocência, ao estabelecer que o acusado não é obrigado a fornecer prova contra si mesmo.

Revelando a importância dada pelo redator da Declaração de Direitos de Virgínia George Mason, em relação às provas produzidas em processo, interessante, também, é o artigo 10, que prevê: “que os mandados judiciais que autorizem meirinhos a efetuar buscas, sem prova do fato ou deter pessoas cujo delito não esta provado é opressivo, não devendo ser concedidos.”

Dispositivos semelhantes há nos quinto e sexto artigos das dez primeiras emendas à Constituição Federal, também chamados de “Bill of Rights” norte-americano.

1.5 As Declarações de Direitos da Revolução Francesa

Se formos buscar um referencial histórico dos Direitos Fundamentais, sem dúvida chegaremos a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão promulgada em 26 de agosto de 1789 pela Assembleia Nacional Constituinte, em França. Isso se deve em grande parte a duas características singulares que torna a declaração francesa tão importante e distinta das declarações anteriores.

Primeiramente, é mister destacar o caráter abstrato e generalizante da declaração francesa, que diferente das antecedentes não circunscrevia os Direitos Fundamentais somente aos seus nacionais; mas, de forma inédita, reconhecia que existiam Direitos Fundamentais pertencentes a todos os povos, visto que eram inerentes à natureza humana. Daí porque a

dicotomia entre Direitos do Homem e Direitos do Cidadão, onde aqueles eram concernentes a todos os povos e a todas as nações e estes assegurados aos cidadãos franceses.

As declarações de direito norte-americanas influenciadas pelo “Bill of Rights” inglês, eram demasiadamente individualistas, e visavam tão só a proteção do indivíduo contra o arbítrio do Estado. Nos dizeres de Comparato (2003), os americanos, ao contrário dos revolucionários gauleses, estavam mais preocupados em assentar sua independência com um novo regime político do que levar a ideia de liberdade a outros povos.

Além do caráter universal dos Direitos Fundamentais impregnado na Declaração Francesa, os próceres da revolução pretendiam não só estabelecer uma nova forma de governo, derrubando o absolutismo; mas sim, extinguir, de uma vez por todas, o “Ancien Régime” com a criação de uma nova estrutura social, política e econômica. Os revolucionários franceses – em contraposição aos Pais Fundadores dos Estados Unidos, que se rebelaram contra uma monarquia opressora, por considerá-la injusta e não contra o absolutismo em si - almejavam criar uma nova sociedade, livre das amarras de todo o sistema feudal que reinava absoluto na Europa desde a Alta Idade Média.

Nesse sentido, é a lição de Comparato:

O grande movimento que eclodiu na França em 1789 veio operar na palavra *revolução* uma mudança semântica de 180°. Desde então, o termo passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a instauração *ex novo* não apenas de um governo ou de um regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto das relações de poder que compõem a estrutura. Os revolucionários já não são os que se revoltam para restaurar a antiga ordem política, mas os que lutam com todas as armas – inclusive e sobretudo a violência – para induzir o nascimento de uma nova sociedade sem precedentes históricos. (2003, p. 125)

Cumprir dizer ainda que, ao contrário do que parece, a Revolução Francesa não foi um movimento isolado, mas sim fez parte de um amplo movimento revolucionário que sacudiu diversos países da Europa Ocidental e a América do Norte. No entanto, em França, a revolução contra o antigo regime atingiu o seu ápice e os seus contornos foram de tamanha magnitude que a influência de sua Declaração transbordou o Velho Continente, sendo difundida também na Índia, Ásia Menor e América Latina, servindo inclusive de influxo para a conspiração baiana de 1798, em nosso país.

Pois bem, fixadas essas premissas, para e no que contribuiu a Revolução Francesa no assentamento dos Direitos Humanos?

Sem dúvida a conquista mais importante dos revolucionários franceses foi a de extinguir de uma vez por todas as servidões feudais e suprimir, assim, as corporações de ofícios, bem como todo tipo de desigualdade estamental. As Declarações da Revolução Francesa foram capazes de assegurar, em um curto espaço de tempo, igualdade entre todos os homens; aliás, no lema da tríade, a igualdade revelou-se o ápice do movimento revolucionário e atingiu proporções inimagináveis, até então, nunca vistas na história da humanidade. No mais, a Revolução Francesa, juntamente com a Constituição americana, foi responsável por instituir a representação política moderna, em contraposição ao sistema representativo praticado na Idade Média.

No que concerne, porém, às garantias processuais e ao instituto das provas, as Declarações francesas, ao contrário dos “Bill of Rights” americanos, não concedeu a devida importância, prescrevendo apenas alguns poucos dispositivos. Cabe destacar que os revolucionários franceses estavam mais preocupados em declarar os direitos humanos do que estabelecer garantias fundamentais, por isso, o tratamento modesto conferido ao processo e as provas.

Não obstante o vago tratamento dispensado à matéria, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seus artigos 7º a 9º, trouxe algumas garantias processuais e penais, traduzindo-se nos princípios constitucionais modernos da legalidade, da presunção de inocência, da proporcionalidade, da individualização da pena e da irretroatividade da lei penal.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição de 1793, também, trouxe dispositivos semelhantes nos artigos 10, 13 e 15, acrescentando em seu art. 14, como requisitos indispensáveis ao julgamento e punição de qualquer pessoa, a sua oitiva e citação, consagrando-se, portanto, o devido processo legal.

Cumprido, ademais, ressaltar que, ao longo da história, seguiram-se outras declarações e documentos importantes que vieram a contribuir para o assentamento dos direitos humanos, tal como concebemos hoje. Entretanto, em virtude dos objetivos do presente estudo, não trataremos das demais declarações, sendo que as Declarações francesas e americanas servem de alicerce para o estudo e compreensão dos demais temas.

CAPÍTULO 2 - TEORIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

2.1 Conceito dos Direitos Fundamentais

A Constituição Federal de 1988 dedica o seu título II aos direitos e garantias fundamentais, subdividindo-o em cinco capítulos: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos. Com base nessa divisão, o legislador constituinte, como se vê, tratou os direitos e garantias fundamentais como gênero e os demais direitos como espécies. Importa registrar que, por opção legislativa, os direitos econômicos foram regulados em título próprio (VII), mas nem por isso perderam a qualidade de direitos fundamentais.

Tal foi à importância dada aos direitos fundamentais individuais na elaboração da Constituição Cidadã, que o legislador constituinte, inovando, disciplinou-os primeiro que a organização e a estrutura do Estado, além de inseri-los entre as cláusulas pétreas (art. 60, § 4, IV CF), ou seja, eles jamais podem ser suprimidos mediante emenda constitucional pelo poder constituinte derivado. Convém, no entanto, lembrar que o país havia atravessado um de seus períodos mais sombrios da história, cujos direitos e garantias fundamentais foram constantemente violados pelo regime militar.

Mas o que vem a ser direitos fundamentais? Antes, porém, de cumprir a difícil tarefa no sentido de apresentar um conceito válido para o instituto, oportuno se torna dizer que empregaremos as expressões direitos fundamentais do homem ou direitos fundamentais, por considerarmos as mais corretas, embora, diante da complexidade do tema e de sua evolução histórica difusa, exista uma série de terminologias utilizadas pela doutrina para designá-los. Nesse diapasão, Silva assevera que:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evoluir histórico dificulta definir-lhe um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: *direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.* (2009, p. 175)

Pois bem, os direitos fundamentais do homem são aqueles vitais, imprescindíveis à criação e à manutenção da vida, da liberdade e de uma existência digna e igualitária a todos.

É *fundamental*, porque sem eles o indivíduo não se realiza, não conseguiria viver com dignidade, ou mesmo, não sobreviveria. Do *homem*, não se referindo ao indivíduo do sexo masculino, mas conferidos a toda raça humana indistintamente.

Na concepção jusnaturalista, os direitos fundamentais são inerentes ao homem, bastando nascer com vida para que se possa usufruí-los, constituem a sua natureza e, por isso, indissociáveis desta. Sem dúvida, essa é uma das fundamentações dos direitos fundamentais, que, nesse panorama, é empregado com o mesmo significado de direitos naturais. Em sentido contrário, sustenta Silva (2009) que a principal inspiração dos direitos fundamentais do homem são as condições históricas objetivas e não o direito ideal e o pensamento cristão conforme propugnava a doutrina francesa.

2.2 Características dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais apresentam os seguintes caracteres:

a) *Historicidade* - os direitos fundamentais são produtos da evolução histórica, e nas palavras de Silva (2009, pg. 181), “nascem, modificam-se e desaparecem como qualquer direito”. Com base nessa característica, perde força a concepção jusnaturalista de alguns autores, para quem os direitos fundamentais são inerentes à pessoa humana. Com a “devida vênia”, discordamos do posicionamento adotado pelo ilustre professor, uma vez que, em nosso ver, o caráter histórico dos direitos fundamentais não é incompatível e nem exclui a sua raiz jusnaturalista.

b) *Inalienabilidade* - os direitos fundamentais possuem caráter personalíssimo, portanto inegociáveis e intransferíveis.

c) *Imprescritibilidade* - os direitos fundamentais jamais prescrevem, ou seja, a falta de uso e o transcurso do tempo, nunca ensejará a perda da pretensão em exercê-los ou exigí-los.

d) *Irrenunciabilidade* - são, assim como os demais direitos da personalidade, irrenunciáveis; seus titulares podem até não usufruí-los, mas nunca poderão dispor dos direitos fundamentais.

e) *Universalidade* – os direitos fundamentais não estão circunscritos a um Estado ou uma nação, pelo contrário, pertence a todo gênero humano. Ressaltando o cunho universal dos direitos fundamentais, interessante é o preâmbulo da Declaração Americana sobre Direitos Humanos, que traz os seguintes dizeres: “Reconhecendo que os direitos essenciais do homem

não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.”

Para os autores que advogam contra o matiz natural dos direitos fundamentais, a universalidade não constitui uma das suas características, uma vez que nem todos os Estados observam e respeitam os direitos fundamentais positivados ou não em seu ordenamento jurídico.

f) *Relatividade* – os direitos fundamentais não são absolutos. Todo direito fundamental insculpido na Constituição encontra limitação na incidência dos demais direitos igualmente consagrados na Lei Maior. Nem mesmo o sagrado direito à vida, previsto no “caput” do artigo 5º é absoluto, encontrando sua limitação no próprio Texto Magno, que prevê no inciso LXVII do mesmo dispositivo, que a pena de morte poderá ser aplicada em caso de guerra declarada; prevalecendo, assim, o princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas.

No entanto, o que fazer então quando dois ou mais direitos fundamentais se entrecrocarem-se? Segundo Moraes, sempre que houver contradição ou conflito na aplicação dos direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve valer-se do princípio da harmonização, buscando evitar ao máximo o sacrifício total de um deles, “in verbis”:

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (2010, p. 34)

Assim como o constitucionalista Moraes, também entendemos que a aplicação do princípio da concordância prática ou da harmonização é a melhor solução a ser adotada quando da colisão de dois ou mais direitos fundamentais, vez que o intérprete deve levar em conta sempre a finalidade do texto constitucional. O hermenêuta deve buscar a “mens legis”, mesmo que para isso tenha que sacrificar a aplicação de um direito fundamental em detrimento de outro, que, por sua vez, revela-se mais equânime ao caso concreto que se apresenta.

2.3 Classificação dos Direitos Fundamentais

Entre as várias classificações dos direitos fundamentais, uma merece atenção especial, que diz respeito ao momento histórico em que aqueles passaram a ser reconhecidos e inseridos nas constituições. Com base no lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, a doutrina moderna classifica os direitos fundamentais, respectivamente, em três dimensões, a saber: direitos políticos e civis; direitos sociais, econômicos e culturais e direitos difusos.

Sobre a classificação dos direitos fundamentais, o constitucionalista Bonavides, obtempera, “*verbis*”, que:

Os direitos fundamentais passaram na ordem constitucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata, e de certo modo, metafísica daqueles direitos, contidas no jusnaturalismo do século XVIII. (2011, p. 563)

Os direitos da primeira dimensão são os direitos da liberdade e correspondem aos direitos políticos e civis, surgiram com as primeiras constituições e já estão assentados em praticamente todos os países ocidentais de regime democrático. Para, Bonavides (2011, p. 563/564): “os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como uma faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade é que o traço mais característico; enfim, são direito de resistência ou de oposição perante o Estado.”

Os direitos da primeira dimensão caracterizam-se por impor limitações ao Poder do Estado perante os seus súditos, é um *não fazer*, é uma prestação negativa, que consiste em assegurar a máxima liberdade aos particulares no exercício dos seus direitos políticos e civis. No magistério de Bonavides (2011, p. 564): “são por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual.”

Os direitos da segunda dimensão são os direitos da igualdade, inserem-se no contexto dos direitos sociais, culturais e econômicos, assim como os direitos coletivos. Diferem dos direitos da primeira dimensão, pois passam a exigir um *fazer*, uma prestação positiva do Estado. Nasceram no século XX por meio do Estado Social em contraposição ao claudicante Estado Liberal, que já não atendia aos anseios de uma incipiente classe proletária.

No que tange à aplicabilidade dos direitos de segunda dimensão, Bonavides (2011) delimita três momentos distintos. Um primeiro, em que, embora insculpidos nas constitucionais, tinham eficácia duvidosa, pois não eram observados pelos Estados, sob a alegação de carência ou limitação de recursos. Em segundo momento, em que passaram a ter sua eficácia programática, sendo relegados à regulamentação ordinária. E, por fim, foram nas recentes constituições, inclusive na atual brasileira, investidos de aplicabilidade imediata, assim como os direitos da primeira dimensão.

Os direitos da terceira dimensão começaram a ganhar forma no final do século XX e, ao contrário das dimensões antecedentes, caracterizam-se pela universalidade dos destinatários, uma vez que não são conferidos a um indivíduo particular ou a um grupo de pessoas, mas a toda humanidade. Relativamente ao caráter humanitário e universal dos direitos da terceira dimensão, o multicitado professor Bonavides argumenta, que:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (p. 569, 2011)

Os direitos da terceira dimensão assentam-se sobre a fraternidade e abrangem uma ampla gama de direitos: direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado, à comunicação, à paz, à autodeterminação dos povos, ao progresso, etc. É importante ressaltar que os direitos de terceira dimensão não estão circunscritos aos mencionados acima, podem ampliar-se na medida em que a humanidade alcança novos patamares de desenvolvimento.

Na lição do ilustre jurista Bonavides (2011), existem também direitos fundamentais de quarta e quinta dimensões, onde aqueles correspondem ao direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, e estes à paz efetiva em seu caráter universal e solidário. Adotando posicionamento contrário, Bobbio (2004) não reconhece nem os mesmos os direitos de terceira dimensão, além de questionar a efetividade dos direitos sociais, ditos de segunda dimensão:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata... Já a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel. O

que dizer de terceira e de quarta geração? A única coisa que até agora se pode dizer é que são aspirações ideais, às quais o nome de “direitos” serve unicamente para atribuir um título de nobreza. (2004, p. 25/29)

Como se vê a classificação cronológica dos direitos fundamentais em dimensões é tortuosa. Na verdade, há uma celeuma doutrinária a cerca da existência dos direitos de quarta e quinta dimensões e de sua cristalização nos ordenamentos jurídicos. Cumpre-nos assinalar que parcela respeitável da doutrina, põem em cheque até mesmo a existência e eficácia dos direitos de terceira dimensão, que não passariam de aspirações sociais.

O tema sem dúvida é um dos mais complexos e a evolução gradativa dos direitos fundamentais em face do progresso tecnológico e econômico torna ainda mais difícil a tarefa de reconhecer e delimitar uma ou outra dimensão.

Com a “devida vênua”, acreditamos que em relação aos direitos de segunda dimensão, embora haja certa deficiência do Estado em provê-los, a partir da Constituição Cidadã de 1988, sob o impulso do neoconstitucionalismo, os mesmos, ou pelo menos parte deles, passaram a ganhar efetividade e aplicabilidade imediata em nosso país. No que diz respeito, todavia, aos direitos de terceira dimensão é crível que os mesmos começaram a ganhar forma no início deste século, sobretudo o direito de viver num ambiente ecologicamente equilibrado, onde os Estados começaram a unir forças a fim de alcançá-lo.

Por fim, no que tange aos direitos de quarta e quinta dimensões, em nosso ver, sua existência está circunscrita ao plano teórico, e mesmo que haja legislação reconhecendo-os, não passará de uma simples quimera legislativa, visto que impraticáveis no plano fático.

2.4 Direitos e Garantias Fundamentais

A evolução histórica dos direitos fundamentais ensina-nos que não basta que estes sejam reconhecidos e declarados nas constituições, são necessários meios para assegurá-los, uma vez que nem sempre serão observados e respeitados pelos demais membros da coletividade ou pelo próprio Estado. É aí que entram as garantias fundamentais, que são os meios, técnicas ou instrumentos postos a disposição dos titulares, a fim de se assegurar o respeito e a fruição dos respectivos direitos fundamentais.

As garantias são os meios, sendo essencialmente assecuratórias, enquanto os direitos são um fim em si mesmo, possuindo natureza declaratória. As primeiras visam instrumentalizar as vantagens e benefícios decorrentes dos direitos fundamentais. Assim, a título de exemplo,

temos que para assegurar o devido processo legal (Art. 5, LIV, CF), as partes têm direito a ampla produção de provas, sendo expressamente vedada a utilização, nos processos, de provas ilícitas. (Art. 5, LVI, CF).

Destacando as diferenças entre direitos e garantias fundamentais, Jorge Miranda, citado na obra de Moraes, obtempera, que:

Clássica e bem actual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias, e muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexu que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se. (2010, p. 34)

Convém lembrar que os direitos e as garantias fundamentais têm aplicação imediata, prescindindo de qualquer comando ou dispositivo para sua validade ou aplicação, conforme prevê a própria Lei Maior (Art. 5º, § 2 CF). Porém, não raras vezes, para pôr em prática o direito declarado na Constituição é mister valermos de uma garantia, “v.g.”, o direito à liberdade é declarado em diversos dispositivos da CF. (Art. 5, “caput”, LXI, LXV, LXVI), mas, quando esse direito é ilegalmente violado pelo Estado, a norma garantista prevê o “habeas corpus” (Art. 5, LXVIII).

No que tange à diferença entre direitos e garantias, o jurista português Canotilho (1989) assevera que, não obstante o carácter instrumental destas na defesa dos direitos, as clássicas garantias nada mais são que direitos, compreendendo tanto o direito dos cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quanto no reconhecimento dos meios processuais necessários a esse fim.

Adotando posicionamento contrário, Ferreira Filho (1999), obtempera que as garantias não se confundem com os remédios constitucionais, uma vez que estes são os meios processuais pelos quais se procura proteger ou defender direitos violados, porquanto aquelas visam à prevenção, ou seja, são as prescrições que proíbem qualquer atuação estatal tendente a violar os direitos fundamentais.

Sublinhando as principais diferenças e técnicas jurídicas utilizadas nas Declarações Francesas e nos “Bills of Rights” norte-americanos, Comparato (2003) procura desmistificar a tese de que as declarações norte-americanas foram mais importantes do que as francesas, que

não passariam de meras exortações de direitos. De fato, as Declarações Francesas preocuparam-se mais em declarar os direitos do que estabelecer os instrumentos judiciais que os garantissem, enquanto os “Bills of Rights” norte-americanos, seguindo a sistemática do “Bill of Rights” inglês, deu maior ênfase às garantias judiciais em detrimento da declaração pura e simples de direitos.

Todavia, espandindo qualquer premissa que relativize a importância das declarações de direitos sem a correspondente garantia, magistrais são as palavras do jurista Comparato:

É preciso não esquecer, no entanto, que o direito vive em última análise, na consciência humana. Não é porque certos direitos subjetivos estão desacompanhados de instrumentos assecuratórios próprios que eles deixam de ser sentidos no meio social como exigências impostergáveis. Aliás, ninguém mais nega, hoje, que a vigência dos direitos humanos independe do seu reconhecimento constitucional, ou seja, de sua consagração no direito positivo estatal como direitos fundamentais. (*Grundrechte*, segundo a terminologia alemã). Por isso mesmo, uma proclamação de direitos, mesmo quando despida de garantias efetivas de seu cumprimento, pode exercer, conforme o momento histórico em que lançada, o efeito de um ato esclarecedor, iluminado a consciência jurídica universal e instaurado a era da maioria histórica do homem. *Declarar*, aliás, é vocábulo cognato de *esclarecer*, de *aclarar*. (2003, p. 136)

Dessa forma, não se pode olvidar que mesmo que não haja no texto constitucional uma garantia fundamental expressa assegurando determinado direito fundamental, este jamais poderá deixar de ser aplicado, vez que sua vigência independe de qualquer condição ou implemento, tendo eficácia e aplicabilidade imediatas.

3.1 Conceito e Finalidade

Etimologicamente, o termo prova, na lição do dicionarista De Plácido e Silva (2012, p. 1.123), provém do “latim *proba*, de *probare* (demonstrar reconhecer, formar juízo de)”. Do substantivo “proba” (prova), originou-se o verbo “probare” (provar) com o sentido de ensaiar examinar, verificar, reconhecer por experiência, julgar, aprovar, demonstrar, provar.

Sob a acepção jurídica, nos ensinamentos de Malatesta (2005, p. 23): “prova é o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”. Para Tourinho (2011, p.561): “provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la.” Em nossa concepção, prova é todo meio legal e legítimo, usado no processo, capaz de demonstrar a veracidade ou não dos fatos alegados em juízo.

Conforme se depreende dos conceitos apresentados, as provas são os meios empregados para demonstrar a verdade sobre determinado fato. Mas o que é *verdade*? “Grosso modo”, verdade é a propriedade de estar em conformidade com os fatos ou a realidade; exatidão, autenticidade. Segundo o tratadista italiano Malatesta (2005, p. 25): “a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza.”

Em processo podemos destacar dois sentidos para o vocábulo verdade. O primeiro, diz respeito à verdade *relativa* ou processual, que é aquela demonstrada pelas partes durante a instrução probatória, podendo ou não corresponder com a realidade, mas que possibilita ao Magistrado proferir uma decisão, em razão de ter formado o seu convencimento sobre à certeza da existência de determinado fato. O segundo, porém, é a verdade *absoluta* ou objetiva que corresponde ao retrato fiel da realidade, ou seja, é a adequação entre a subjetividade cognitiva do intelecto humano e os fatos da realidade objetiva.

É cediço que a verdade absoluta, por vezes, é inatingível ou exposta de forma parcial no processo penal. Contribui para isso, o caráter volátil do ser humano, bem como os diferentes traços culturais e psicológicos da espécie humana, visto que aquilo que pode ser verdadeiro para um indivíduo, pode não o ser para outro; ou, ainda, existirem diversas interpretações para o mesmo fato, e, conseqüentemente, várias “verdades” sobre o mesmo acontecimento, daí a predominância da verdade relativa em processo.

Dessa forma, durante a instrução probatória, o Juiz, não raras vezes, alcançará tão somente a verdade *processual* e não a verdade *objetiva*, como se espera. Além disso, adverte Nucci que, para a formação do livre convencimento do julgador, é dispensável que a verdade *absoluta* emerja nos autos:

A meta da parte, no processo, portanto, não é gerar a verdade objetiva, visto ser atividade complexa e nem sempre possível. O objetivo da parte é construir, no espírito do magistrado, a certeza de que a verdade corresponde aos fatos alegados em sua peça, seja ela de acusação, seja de defesa.

No plano jurídico, a geração da certeza no espírito do julgador, por meio da apresentação das provas, significa a persuasão racional, logo, a convicção. O juiz se convence da verdade (adquire o estado de certeza) em virtude da demonstração lógico-racional dos vários elementos expostos ao longo da instrução, denominados provas. (2011, p. 16)

Vale lembrar que, ao tratarmos de *provas*, vigora, em processo penal, o princípio da busca da verdade real. (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234), em contraposição à busca da verdade formal do processo civil, em que as demandas são, na maioria das vezes, de conteúdo exclusivamente patrimonial, portanto de caráter disponível. O princípio da busca da verdade real diz respeito à relação processual, onde o Magistrado tem o dever, “ex officio”, de buscar as provas importantes ao litígio, não se satisfazendo com aquilo que lhe fora apresentando nos autos.

A finalidade da prova é a formação do livre convencimento do Juiz, seu único destinatário. Em sentido contrário, há uma corrente doutrinária que defende que as provas são produzidas, única e exclusivamente, para o processo. Entretanto, predomina o entendimento de que as provas são colhidas ou produzidas para o convencimento do Magistrado, que deverá fundamentar sua decisão final, com o que lhe foi demonstrado no decorrer da demanda.

Portanto, durante a instrução probatória, o objetivo da parte é, através de suas provas, convencer o Magistrado da verdade *processual*, ou seja, que os fatos relevantes ao deslinde da causa ocorreram da forma em que estão descritos em sua petição e que esses fatos correspondem ao retrato fiel da realidade.

3.2 Objeto da Prova

Objeto da prova é todo fato, circunstância ou alegação importante ao litígio que necessita ser provado em Juízo. Convém notar que a palavra fato não se restringe ao seu

significado, devendo estendê-lo a coisas, lugares, pessoas e documentos. Conforme bem observa Alcalá-Zamora, citado por Tourinho (2011, p. 561): “é fato o que não é direito”.

Assim, somente serão objetos de apreciação judicial, os fatos dos quais pairarem dúvidas sobre sua existência e que forem relevantes ao deslinde da causa. Por outro lado, dispensam ser provados: fatos notórios, presunções legais, fatos impossíveis e fatos inúteis.

a) *Fatos notórios* – são os fatos amplamente conhecidos e que fazem parte da cultura de uma sociedade. Com a “devida vênia”, discordamos de Nucci (2011), para quem os fatos notórios devem ser nacionalmente conhecidos. Acreditamos não haver empecilho para que um fato circunscrito a um Município ou a uma comunidade específica seja notório, desde que, é claro, todos dessa cidade ou grupo conheçam do fato, inclusive o Juiz que atua na lide. Os fatos notórios não de ser atuais, uma vez que a ação do tempo esmaece a notoriedade do fato. Os fatos notórios desdobram-se, ainda, em: fatos *evidentes* – oriundos das diversas ciências (ex.: lei da gravidade) - e os *intuitos* - decorrentes da observação e do “senso comum” - (ex.: a água molha e o fogo queima).

b) *Presunções legais* – são considerações que derivam da lei, podendo ser absolutas (“*juris et de jure*”) ou relativas (“*juris tantum*”), sendo que as primeiras não admitem prova em sentido contrário. Não é necessário a parte tentar provar, por exemplo, que o agente considerado inimputável por doença mental tinha discernimento para entender o caráter ilícito do fato, pois a lei, de forma absoluta, presume sua incapacidade. Da mesma forma, o agente não poderá provar que, no momento do fato, praticou o ilícito fora das suas faculdades normais, ou seja, movido por emoção ou paixão, porque a legislação é expressa em considerar tal agente penalmente imputável (capaz).

c) *Fatos inúteis ou irrelevantes* - são os fatos infrutíferos ao deslinde da causa e que não acrescentam em nada na busca da verdade real, mesmo que verdadeiros. Exemplo: verificar o “hobby” preferido da vítima, quando este não guarda correspondência com o fato imputado ao réu.

d) *Fatos impossíveis* – são aqueles destituídos de bom senso ou racionalidade e que soa absurdo a uma pessoa com o mínimo de informação; “*verbi gratia*”, o réu tentar provar que cometeu o crime, porque estava possuído por um espectro maligno.

E os *fatos incontroversos*, precisam ser provados? Certamente. Conforme já mencionado, vigora em Processo Penal o princípio da busca da verdade real e, diferente do Processo Civil, estão em jogo bens indisponíveis, como a liberdade e a honra do acusado. Dessa forma, o Magistrado não é obrigado a aceitar os fatos, mesmo que incontroversos, como verdadeiros, devendo buscar, mesmo que intangível, a verdade objetiva no processo.

Do mesmo modo, os *atos confessos*, isto é, afirmados por uma parte e admitidos pela parte contrária, devem ser objetos de prova. O acusado pode, por exemplo, confessar os fatos que lhe são imputados em juízo, assumindo a autoria da infração penal, com a finalidade de acobertar o verdadeiro autor ou o mandante do crime, o que não é incomum nos dias de hoje.

Como se nota, o que se prova em Juízo são, essencialmente, os fatos, porque o direito presume-se que o Magistrado conheça ou deva conhecer. Em regra, o direito dispensa prova, devendo as partes demonstrar ao Juiz que o fato se deu desta ou daquela maneira ou, ainda, que não existiu, sendo conhecido o brocardo latino “*iura novit cura*”, ou seja, o Juiz conhece o direito. Porém, se o direito alegado for internacional, estadual, municipal ou consuetudinário, imprescindível é a sua prova, exceto quando o direito estadual invocado é o da mesma unidade da Federação do Juiz da causa; neste caso, entende-se que este deve conhecê-lo.

3.3 Meios de Prova

Os meios de prova são os métodos ou procedimentos, diretos ou indiretos, empregados no processo, com a finalidade de demonstrar a verdade dos fatos. Aqueles podem ser produzidos de forma lícita – quando permitida pelo ordenamento jurídico ou ilícita – proibida pelo ordenamento. Em relação à ilicitude dos meios de prova trataremos em capítulo próprio. (cap. 4).

Importa consignar que os meios de prova não se confundem com os meios de obtenção de provas, que são os procedimentos criados com a finalidade de obter as fontes de provas, como, por exemplo, a interceptação telefônica, o mandado de busca e apreensão, etc.

No tocante a classificação dos meios de provas, podem estes ser diretos, que são aqueles indicados por lei e constituem a regra no ordenamento jurídico, ou indiretos, que são as provas firmadas em presunções legais ou indícios, configurando a exceção a regra. Na preleção de Nucci (2011, p. 25), “são diretas as que se unem, sem qualquer intermediário, ao fato objetivado. São indiretas as que necessitam de interposto fator, elemento ou situação para atingir o fim almejado.”. A título de exemplo, são provas diretas: testemunhas presenciais ao fato; documento ratificando o fato alegado; perícia realizada no objeto comprovando a materialidade, e indiretas: indícios que apontam a materialidade ou a autoria do delito; etc.

Não obstante o Código de Processo Penal disciplinar determinados meios de prova (art. 158 a 250 CPP), seu rol não é exaustivo, comportando, em analogia ao CPC, outras provas não enumeradas em seu bojo. Estas são conhecidas como provas atípicas ou inominadas que são aquelas que, previstas ou não no ordenamento jurídico, não há procedimento regulamentando sua produção. São exemplos: a prova emprestada, acareações, reconstituição do crime, reconstrução, reconhecimento fotográfico, etc. As provas típicas ou nominadas, por sua vez, são aquelas previstas e com procedimento próprio para a sua produção. Assim, são meios de provas típicos: a testemunhal, a documental, a pericial, o reconhecimento, o depoimento da vítima, etc.

Registre-se ainda que, no magistério de Fernandes (2012), as provas atípicas não são somente os meios de obtenção ou de produção de provas não previstos no ordenamento jurídico, mas também aqueles que embora previstos ou referidos nominalmente, não tenham regulamentação ou remissão ao procedimento a ser seguido. Por outro lado, apesar de o meio de prova estar previsto, mas não regulado, havendo remissão ao procedimento a ser seguido, é meio típico de prova.

Quanto à liberdade de provar, é absoluta? A princípio, poder-se-ia pensar que sim; até mesmo, porque vige no processo penal o princípio da busca da verdade real. No entanto, a liberdade probatória é relativa, uma vez que, em razão dos princípios constitucionais e do próprio Direito Material, não se admite a produção de provas imorais, ou que atente contra os costumes e os princípios gerais do direito ou, ainda, que implique ofensa à dignidade da pessoa humana, bem como veda-se a produção das provas ilícitas e as derivadas das ilícitas.

Nesse sentido, Capez adverte que:

Como é sabido, vigora no direito processual penal o princípio da verdade real, de tal sorte que não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. Tanto é verdade essa afirmação que a doutrina e jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de prova elencados no Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo perfeitamente possível a produção de provas, distintas daquelas ali enumeradas...Ocorre, no entanto, que o princípio da liberdade probatória não é absoluto, sofre restrições. (2011, p. 378)

Há várias limitações advindas da própria lei quanto à liberdade probatória. Entre elas, podemos destacar a contida no art. 155, § único CPP, que dispõe, “in verbis”: “somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições da lei civil”. Assim, de nada adianta a parte tentar provar, por qualquer outro meio idôneo, que sua filiação, estado civil ou

menoridade, por exemplo, não corresponde à respectiva certidão, quando, neste caso, só se admite como meio de prova o seu conteúdo.

Outra limitação legal a liberdade probatória, é a prescrita no art. 158 do CPP, uma vez que se da infração penal resultar vestígios materiais, o exame de corpo de delito é o único meio de prova admitido, não podendo ser substituído por qualquer outro meio em seu lugar, nem mesmo pela confissão do acusado.

3.3.1 Prova Emprestada

A prova emprestada é a obtida ou produzida em certo processo, para nele ser utilizado, mas que acaba sendo, também, aproveitada como prova em outro processo criminal em curso, mediante traslado. É importante observar que, mesmo que a prova emprestada seja colhida em forma de depoimento ou através de uma perícia, por exemplo, quando é reproduzida em outro feito tem caráter meramente documental.

Entre os meios probatórios inominados, a prova emprestada é uma das mais evocadas pela doutrina, entretanto tem pouca utilidade prática; porque, para que o Juiz possa admiti-la em processo crime diverso daquele em que foi produzida, é necessário que as partes sejam as mesmas, sob pena de se ferir o princípio do contraditório.

Ademais, ao valer-se da prova emprestada para a formação do seu livre convencimento, o Juiz deve precaver-se de que, no outro feito, a prova foi colhida sob o manto da legalidade e em respeito ao devido processo legal, sob pena de se tornar imprestável a qualquer processo.

3.4 Ônus da Prova

O que se entende por ônus? Se formos consultar o dicionarista Houaiss, veremos que se trata de uma palavra com diversas acepções:

substantivo masculino de dois números. 1. aquilo que implica uma sobrecarga; carga, peso. 2. *Derivação: por metáfora.* aquilo que é ou se tornou incumbência ou compromisso de alguém; dever, encargo, obrigação. 3. *Derivação: por extensão de sentido.* imposto ou encargo pesado, oneroso; gravame. 4. *Derivação: por extensão de sentido.* cláusula, obrigação ou incumbência incômoda, desagradável ou de difícil cumprimento. (2009, p. 1389)

No plano jurídico, ônus da prova é o encargo de provar; de produzir prova da afirmação ou do fato. Convém frisar que o ônus probatório se constitui em um encargo e não uma obrigação processual, visto que o seu não cumprimento não gera uma sanção autônoma, mas sim uma condição mais favorável. Assim, incumbida à parte o ônus de provar a veracidade ou não de determinado fato alegado em Juízo, ao não fazê-lo, poderá sofrer uma sanção processual, ou melhor, um prejuízo ou, até mesmo, perder a causa, uma vez que o dever processual de provar certo fato é inerente à parte que alega.

Nesse enfoque, Nucci citando a lição de Badaró, ônus da prova é uma:

...posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar um ato ilícito”. (2011, pg. 393)

Mas, a quem pertence o ônus da prova em processo penal? Conforme a redação dada pela lei nº 11.690/08 ao art. 156 CPP: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Em regra, o ônus da prova pertence à acusação, que apresenta os fatos imputados ao réu em juízo por meio da denúncia ou da queixa-crime. Cabe, portanto, a parte acusadora demonstrar a autoria e a materialidade do delito, bem como os elementos subjetivos que se caracterizam pelo dolo ou culpa.

No entanto, se o réu alegar, em sua defesa, uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, poderá atrair para si o encargo de provar. Neste caso, o réu está alegando fatos e circunstâncias que dizem respeito diretamente a ele; fugindo, assim, do raio de esfera da acusação, que não investigou os fatos mencionados pelo acusado em sua defesa.

Não se pode olvidar, porém, que em processo penal vigora os princípios da presunção da inocência e do “indubio pro reo”. Quando o réu, em sua defesa, alegar causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade ou da punibilidade, trazendo a si o ônus probatório, o faz de forma relativa. Logo, é desnecessário que o acusado obtenha prova robusta da excludente, havendo, nos autos, prova razoável ou que gere dúvida na convicção do Juiz, deve ele ser absolvido.

No que tange ao destinatário natural do ônus da prova, o Desembargador Relator Lourival Almeida Trindade da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, no julgamento da apelação 0000933-1/2008/BA (j. 26.08.2010), se posicionou da seguinte maneira: “O ônus da prova, no processo penal é da acusação, em homenagem ao princípio da não culpabilidade, uma vez que o natural nos homens é a inocência, pela qual se presume, correspondendo à acusação a obrigação da prova no juízo penal. É certo que, de tal ônus, não se desincumbiu, prestesmente.”

Outra importante alteração introduzida pela lei nº 11.690/08, é a faculdade conferida ao Juiz em determinar, “ex officio”, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes ou a realização de diligências para sanar eventual dúvida. (Art. 156, I e II CPP).

Antevendo resquícios do sistema inquisitivo em tal dispositivo, Tourinho obtempera que:

Aos poucos o legislador deve ir vetando ao Juiz a prática de atos exclusivos das partes, como requisitar instauração de inquérito ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes, decretar, de ofício, prisão preventiva, ser destinatário de representação...O Juiz precisa ficar equidistante das partes, apenas recolhendo o material probatório para sobre ele manifestar-se. Todavia, se o Juiz quiser fazer uso da regra contida nos incisos I e II do art. 156 do CPP, que o faça, também, em benefício do réu, sob pena de regredirmos ao tempo do processo inquisitivo... (2011, p. 573)

Com a “maxima venia”, não concordamos com o posicionamento adotado pelo ilustre douto. Vale ratificar que, em processo penal, vigora o princípio da busca da verdade real, onde o Magistrado deve sempre almejar a verdade objetiva dos fatos e não se ater somente àquilo que lhe é imposto pelas partes durante a instrução. Ademais, ao contrário do processo civil, o impulso não é dado pelas partes, mas sim pelo Juiz. Valendo-se, portanto, das faculdades conferidas pelo legislador, não estará o Magistrado ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa, muito menos sendo imparcial, uma vez que predomina em processo penal a busca verdade real.

3.4.1 O Álibi

O vocábulo álibi tem raiz latina e significa “em outro lugar”, corresponde à alegação que o réu apresenta quando pretende provar que não poderia ter cometido o delito por encontrar-se em local diverso daquele em que a infração penal de que o acusam foi praticada.

Quando o réu alega que, no momento do delito, estava em lugar diferente e afastado daquele em que ocorreu o crime, atrai para si o ônus da prova. É importante frisar que incumbe ao acusado provar que, quando do crime, estava em qualquer outro local diverso do qual foi praticado, porque sabemos ser impossível ao réu fazer prova negativa, ou seja, provar que nunca esteve no local do crime. Entretanto, apesar de o ônus de provar a veracidade do álibi recair sobre o acusado, a acusação não está isenta de provar em juízo a materialidade e a autoria da infração penal.

3.5 Sistemas de Apreciação das Provas

A Magna Carta brasileira, em seu art. 93, inciso IX, dispõe que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”

Em análise ao dispositivo constitucional, extraem-se dois princípios norteadores da seara processualista em geral: a publicidade dos atos processuais e a fundamentação de todas as decisões. Com base neste último, o Magistrado, ao tomar qualquer decisão em um processo, não pode fazê-lo a esmo, deve mencionar, minuciosamente, os fundamentos que lhe fez chegar a tal decisão. Com as provas não é diferente.

Em consonância com o preceito constitucional, o Diploma Processual Penal, estabelece que: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” Como se depreende do dispositivo infraconstitucional, o legislador pátrio adotou, como regra, o sistema da persuasão racional na avaliação da prova, também conhecido como método misto, permitindo ao Juiz que, na formação de seu convencimento, examine livremente as provas produzidas em juízo; mas ao fazer, deverá motivar suas decisões.

Pelo sistema da persuasão racional, o Magistrado tem liberdade de formar sua convicção conforme sua consciência, sem necessidade de ficar atrelado a qualquer tarifação de valores probatórios. Entretanto, essa liberdade não é absoluta, devendo o Juiz expor de

forma fundamentada as razões que lhe fizeram chegar a tal decisão, buscando convencer as partes e a comunidade em geral.

Além do método da persuasão racional, há basicamente outros dois sistemas de avaliação das provas que permeiam, de forma excepcional, o Direito Processual Penal pátrio: o método da livre convicção ou sistema da certeza moral do juiz e o da prova legal ou tarifado, também conhecido como sistema da certeza moral do legislador.

O sistema da livre convicção permite ao Magistrado que aprecie as provas somente com seu íntimo convencimento, sem necessidade de fundamentar suas decisões. Tal sistema é exceção no direito pátrio, vigorando apenas no Tribunal do Júri, onde os jurados, cidadãos leigos ao direito, decidem sobre as provas produzidas em plenário. O Juiz Presidente - Magistrado Togado - por sua vez, apenas conduz a sessão do Júri, sem apreciar prova alguma, cabendo tal tarefa aos jurados.

O sistema da prova legal, porém, era a regra no Direito Antigo, onde existia certa hierarquia entre as provas. Um meio de prova prevalecia sobre os demais, pois tinha um peso maior perante o julgador. Nesse sistema, o Juiz ficava adstrito ao critério estabelecido pelo legislador, que limitava sua atividade de julgar. Não obstante a tarifação de provas ser repudiada pela doutrina, ainda há resquícios desse sistema em nossa legislação, conforme se observa dos arts. 158 e 155, § único, CPP.

Por fim, outra importante questão, diz respeito à modificação do art. 155 CPP pela lei 11.690/08, quanto à fundamentação exclusiva do Magistrado em provas colhidas na fase investigatória. É cediço que no inquérito policial não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, mas caracteriza-se pelo caráter inquisitivo e sigiloso; vez que, do contrário, inviabilizaria qualquer êxito em investigações policiais, sobretudo em relação às organizações criminosas.

Em virtude das provas colhidas na fase investigatória não puderem ser produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, é que o legislador se preocupou em limitar a atuação do Magistrado, não lhe permitindo que fundamente sua decisão somente com base nas peças do inquérito, devendo fazer juntamente com as outras provas produzidas em contraditório judicial. No entanto, apesar da mudança legislativa nesse sentido, Nucci sustenta que o objetivo do legislador malogrou:

A meta, em nosso entendimento, não foi atingida a contento. Inserindo a relativização da regra, por meio do termo “exclusivamente”, tudo vai permanecer como sempre foi. O magistrado não pode levar em conta os elementos informativos colhidos na investigação, exclusivamente. Porém, se o fizer juntamente com as provas colhidas em juízo está autorizado a usar

os elementos coletados no inquérito policial. Ora, tal procedimento já era comum. Depoimentos, confissões e outras provas colhidas na fase investigatória deveriam ser confirmadas por provas coletadas em juízo. Ou, pelo menos, confrontadas com as produzidas em juízo. Por isso, nada se altera, na essência, com a modificação introduzida pela reforma da Lei 11.690/2008. (2011, p. 397)

No tocante aos informes colhidos na fase inquisitória, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, em acórdão da lavra do Desembargador Mauro Alencar de Barros, pela 2ª Câmara Criminal. (Ap. 0000822-59.2003.8.17.0640/PE, j. 17-08-2010, v.u.), decidiu que:

Relativamente à prova produzida durante o inquérito policial, o que não se admite é a sua utilização exclusiva como fundamento para a condenação. Não se trata, portanto, de desprezar em absoluto a “prova” inquisitorial, mas de analisá-la, sempre, em confronto com a “prova” produzida em juízo. Se esta confirmar aquela, obviamente os elementos do inquérito não só podem como devem servir de embasamento para a sentença “penal” condenatória.

Não vislumbramos, com a “maxima venia”, qualquer empecilho que impeça o Juiz de fundamentar suas decisões por meio das provas produzidas na fase investigatória, desde que, faça com as demais provas colhidas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Bom é dizer que se a prova inquisitorial puder ser reproduzida em sede processual, indispensável, neste caso, é a sua produção, sob pena de se frustrarem os princípios constitucionais.

CAPÍTULO 4 – PROVAS ILÍCITAS

4.1 Conceito

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVI, prescreve ser, “no processo, inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos”, consagrando-se, assim, o princípio da vedação das provas ilícitas, no que diz respeito à atuação do Estado nos processos judiciais em geral. Em consonância com a Carta Magna, o Código de Processo Penal, modificado pela lei nº 11.690/08, estabelece em seu art. 157, “caput”, “serem inadmissíveis as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação às normas constitucionais ou legais”. No mesmo sentido, o Código de Processo Civil, em seu art. 332 dispõe “que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, são hábeis para provar a verdade dos fatos”, retratando, em outras palavras, a inadmissibilidade das provas ilícitas.

Se observarmos os dois diplomas processuais, veremos que o CPP (Art. 157) aborda o tema sob a inadmissibilidade da prova ilícita, enquanto o CPC (Art. 332) aborda o tema sob o prisma da admissão das provas legais.

A primeira grande discussão doutrinária em torno do tema provas ocorre exatamente em razão da classificação do instituto. Boa parte da doutrina considera a prova ilícita enquanto gênero, da qual são espécies as provas ilegais e ilegítimas. Outra corrente, no entanto, argumenta que as provas ilegais são o gênero, derivando destas, as ilícitas e ilegítimas. Antes, porém, de nos aprofundarmos na discussão, trataremos de conceituar os institutos.

Conforme já mencionado, prova é todo meio legal, usado no processo, capaz de demonstrar a veracidade ou não dos fatos alegados em juízo e tem como finalidade a formação do livre convencimento do Juiz. O vocábulo ilícito, a seu turno, provém do latim “illicitus”, significando proibido, vedado, ilegal. Segundo De Plácido e Silva (2012, p. 700): “ilícito em sentido genérico, exprime tudo o que se faz ou é feito em contrário à moral e aos bons costumes, o que embora não proibido ou vedado em lei, é reprovado pela opinião pública.” Pois bem, prova ilícita é a prova vedada, proibida.

A primeira corrente, acolhida por Nucci (2011), defende que a prova ilícita se desdobra em dois enfoques, envolvendo o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei). No primeiro desdobramento, temos a prova ilegal, a qual viola

uma norma de direito material, como, por exemplo, a busca e apreensão domiciliar realizada sem mandado judicial e sem autorização do morador. O segundo enfoque ocorre quando o agente viola uma norma de direito processual, “*verbi gratia*”, o laudo pericial expedido por apenas um perito nomeado, ou, ainda, decreto não fundamentado da quebra de sigilos bancário e fiscal, conforme entendimento do STF.

A segunda corrente, em sentido contrário, sustentada pelo constitucionalista Moraes, entre outros, asseveram, “*in verbis*”, que:

...as provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as provas ilícitas são aquelas obtidas por infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as provas ilegais seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico. (2010, p. 111)

“*Data venia*”, não coadunamos com o posicionamento doutrinário adotado por Moraes (2010), tendo por fundamento o texto Magno. Seguimos o entendimento de Nucci (2011), para quem o legislador constituinte, ao proibir as provas obtidas por meios ilícitos, claramente, tratou estas como gênero, pois “*a contrario sensu*”, se admitisse as provas ilícitas como espécie das ilegais, estaria por exclusão permitindo a produção das provas ilegítimas, o que não se harmoniza com o nosso ordenamento jurídico vigente, infringido manifestamente o princípio da ampla defesa e, por via de consequência, o princípio mor do devido processo legal, consubstanciado no art. 5, LIV da CF.

4.2 Provas Ilícitas e a Inviolabilidade dos Direitos Fundamentais

Na análise das provas ilícitas, é imprescindível adentrarmos na seara dos direitos fundamentais do homem, já que os dois temas estão umbilicalmente ligados. Tanto que o legislador constituinte, ao promulgar a Lei Fundamental de 1988, inseriu no bojo dos direitos e garantias individuais, a vedação das provas ilícitas no processo. (Art. 5, LVI CF). Assim, é importante assinalar que a inadmissibilidade das provas ilícitas tem relação direta e íntima com a preservação dos direitos fundamentais.

Nessa vereda, Gomes vislumbra que:

o tema das provas ilícitas tem total afinidade com o dos direitos fundamentais da pessoa. Todas as regras que disciplinam a obtenção das provas são, evidentemente, voltadas para os órgãos persecutórios do Estado, que não podem conquistar nenhuma prova

violando as limitações constitucionais e legais existentes. Descobrir a verdade dos fatos ocorridos é função do Estado, mas isso não pode ser feito a qualquer custo. (2008, p. 1/1)

Sob o aspecto constitucional, a inadmissibilidade, em processo, de provas ilícitas tem natureza instrumental, constituindo uma garantia individual e fundamental. É *instrumental*, porque tem como finalidade assegurar, durante o processo ou antes dele, o respeito aos direitos fundamentais da liberdade, intimidade, privacidade e da honra dos acusados, entre outros. É uma garantia *individual*, uma vez que é conferido ao ser humano de forma subjetiva e abstrata, impondo uma prestação negativa do Estado, impedindo que os direitos acima sejam coarctados por meio de um processo fundado em provas ilícitas. Por fim, pode-se dizer que é uma garantia *fundamental*, porque garante o mínimo necessário para uma existência digna.

No plano processual, a vedação visa garantir a fórmula máxima que deve reinar em todo procedimento, o “due process of law”. Sem a observância do devido processo legal e da atuação do Estado, nos limites da lei, na colheita e produção de provas; os direitos fundamentais da liberdade e da honra dos acusados em processos penais seriam constantemente violados. Bom é dizer que uma vez colhida ou produzida uma prova ilícita em processo; ter-se-á, invariavelmente, violado um direito fundamental.

No julgamento do HC 82.788-RJ, impetrado sob a alegação da ilicitude de prova derivada, por vez que o agente estatal, ao colher a prova, violou os direitos e garantias fundamentais, o Ministro Celso de Mello, em lapidar voto, obtempera, “in verbis”, que:

A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “*due process of law*”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo.

A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “*male captum, bene retentum*”. Doutrina. Precedentes.

Cumpra-nos assinalar que, apesar de a inadmissibilidade, em processo, dos meios ilícitos de prova figurar em nosso sistema jurídico como um direito fundamental - revestido de imutabilidade e irrevogabilidade, caracterizando-se, portanto, como uma cláusula pétrea - nosso Estado, excentricamente, é um dos poucos que elevaram tal garantia ao patamar de direito fundamental.

No mais, note-se que o princípio da vedação das provas ilícitas é dirigido, mormente, aos órgãos estatais, que não podem ao seu alvedrio produzir ou colher provas que atentem contra a dignidade ou a moral dos indivíduos, sob pena de ferir os direitos fundamentais insculpidos no Texto Magno. Na medida em que se busca delimitar a atuação do Estado na persecução penal; visa-se, também, proteger o acusado contra eventual abuso perpetrado em seu desfavor. Dessa maneira, pode-se dizer que temos um direito fundamental a inadmissibilidade processual da prova ilícita.

4.3 Provas Derivadas das Provas Ilícitas

A atual Constituição Federal, ao regular os direitos e deveres individuais e coletivos, vedou explicitamente e de forma absoluta a utilização das provas ilícitas em processo (Art. 5, LVI), sem nada mencionar sobre as provas derivadas das ilícitas. O Código de Processo Penal, criado pelo decreto-lei nº 3.689/41, portanto, anterior a Lei Fundamental de 1988, nem sequer previa a proibição das provas ilícitas.

Seguindo os preceitos da Lei Maior, o legislador ordinário, por meio da lei 11.690/08 que alterou o CPP, passou a prescrever a inadmissibilidade das provas ilícitas, acrescentando o seu desentranhamento do processo (Art. 157, “caput” CPP), bem como proibiu a utilização de provas derivadas das ilícitas, (Art. 157, § 1º CPP), adotando, assim, expressamente a teoria dos frutos da árvore envenenada, cunhada na Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

A teoria da prova ilícita por derivação ou “frutos da árvore envenenada” teve origem no direito norte-americano, sendo também acolhida pelo direito pátrio (art. 157, § 1º CPP), com predominância na doutrina e jurisprudência. Essa teoria considera que as provas advindas da prova ilícita são, assim como estas, imprestáveis ao processo, mesmo que, em suas formalidades, sejam respeitados todos os procedimentos legais. A prova ilícita contamina a prova dela derivada, porque somente foi possível a produção desta em razão da prova primária. Assim, aceitando o Magistrado a validade daquela, estaria compactuando com o ilícito produzido, pois, de uma forma indireta, estaria legitimando a prova ilícita.

À guisa de exemplo, imaginemos o agente policial que prende um suspeito acusado do crime de roubo e, mediante tortura, obtém do rapinante o local exato dos produtos pilhados. Num segundo momento, com o mandado de busca e apreensão legalmente expedido pelo Juiz, a mesma autoridade policial apreende a “res furtiva” na residência de um terceiro. Poderia o Magistrado fundamentar sua decisão com base na segunda prova colhida? Pela teoria da prova ilícita por derivação a resposta é negativa. A autoridade policial somente logrou êxito na apreensão dos objetos roubados – “prova lícita” – em razão do depoimento viciado do acusado – prova ilícita – que, por conseguinte, contaminou a prova derivada.

Cumpra observar que, mesmo antes da edição da lei nº 11.690/08, a doutrina pátria, visando suprir a lacuna legislativa no que diz respeito às provas ilícitas derivadas, passou a adotar a fórmula norte-americana dos frutos da árvore envenenada - “fruits of the poisonous tree” - onde uma árvore contaminada não poderia dar bons frutos. Nesse diapasão, é o magistério da eminente professora Grinover:

A Constituição brasileira toma posição firme aparentemente absoluta, no sentido de proibição de admissibilidade das provas ilícitas. Mas, nesse ponto, é necessário levantar alguns aspectos: quase todos os ordenamentos afastam a admissibilidade processual das provas ilícitas. Mas ainda existem dois pontos de grande divergência: o primeiro deles é o de se saber se inadmissível no processo é somente a prova, obtida por meios ilícitos, ou se é também inadmissível a prova, lícitamente colhida, mas a cujo conhecimento se chegou por intermédio da prova ilícita.

Imagine-se uma confissão extorquida sob tortura, na qual o acusado ou indiciado indica o nome do comparsa ou da testemunha que, ouvidos sem nenhuma coação, venham a corroborar aquele depoimento.

Imaginem uma interceptação telefônica clandestina, portanto ilícita, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. Essas provas são “ilícitas por derivação”, porque, em si mesmas lícitas, são oriundas e obtidas por intermédio da ilícita. A jurisprudência norte-americana utilizou a imagem dos frutos da árvore envenenada que comunica o seu veneno a todos os frutos. (...). (1992, p. 46/47)

Assim como parte autorizada da doutrina, os Tribunais, em especial o STF, passaram a adotar e aplicar a teoria do “fruits of the poisonous tree” em seus julgados, repudiando, de forma absoluta, provas derivadas de prova ilícita. Nessa perspectiva, é o voto proferido pelo ilustre Ministro Sepúlveda Pertence, como Relator, no julgamento do HC 69.912/RS (RTJ 155/508, 515):

Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do “fruit of the poisonous tree” é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria “degravação” 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.

Na espécie, é inegável que só as informações extraídas da escuta telefônica indevidamente autorizada é que viabilizaram o flagrante e a apreensão da droga, elementos também decisivos, de uma vez, na construção lógica da imputação formulada na denúncia, assim como na fundamentação nas decisões condenatórias.

Dada essa patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subsequentemente colhidas, não é possível apegar-se a essas últimas – frutos da operação ilícita inicial – sem de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada.

É oportuno registrar que até o polêmico julgamento do HC 69.912-0/RS, ocorrido em 1993, no qual foi ventilada pela defesa a utilização de provas ilícitas derivadas pelo órgão acusador, o Supremo Tribunal Federal, por escassa maioria, não aplicava a teoria dos frutos da árvore envenenada em suas decisões plenárias, preferindo pela predominância da incomunicabilidade das provas ilícitas. Contudo, com a entrada do novo Min. Maurício Corrêa, alterando a composição da Corte, passou-se, em posterior julgamento (HC 72.588/PB), a admitir a aplicação da teoria da prova ilícita por derivação, prevalecendo esse entendimento até nos dias de hoje.

Valendo-se de diversas decisões do Supremo Tribunal Federal (HC nº 73.461/SP, Rel. Min. Octávio Galloti; HC nº 73.510-0/SP, Rel. Min. Marco Aurélio; HC nº 90.298/RS, Rel. Min. César Peluso; HC nº 93.050/RJ, Rel. Min. Celso de Melo; 90.376/RJ; Rel. Min. Celso de Melo; HC nº 89.032/SP, Rel. Min. Menezes Direito; HC nº 83.921/RJ, Rel. Min. Eros Grau), Moraes ensina-nos que:

A Corte, posteriormente, consolidou o entendimento de que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela decorrentes, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, posição essa que se mantém, afirmando que “qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária”, para concluir que “a exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “due process of law” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal, mantendo-se, porém, válidos os demais elementos do acervo probatório, que são autônomos”. (2010, p. 115)

Como se pode notar, o Pretório Excelso, com fulcro na fórmula norte americana do “fruits of the poisonous tree” tem, ao longo desses dois decênios de vigência do Texto Magno, se posicionado de maneira firme pelo banimento de provas ilícitas derivadas em juízo penal e, por conseguinte, repudiado o princípio da proporcionalidade; admitindo, excepcionalmente, a prova ilícita a favor do réu ou, ainda, no exercício de legítima defesa de quem produziu a prova ilícita. (Sobre prova ilícita “pro reo” vide capítulo 4.5).

Todavia, o princípio da proporcionalidade, cunhado no direito alemão, também conhecido como princípio da razoabilidade; vem, atualmente, ganhando adeptos para sua aplicação em sede do processo penal. Tal princípio relativiza a prova ilícita, sendo necessário fazer uma ponderação de valores para admitir ou não sua aceitação, tendo como escopo o equilíbrio entre os direitos individuais e o interesse da sociedade, não se admitindo a rejeição de todas as provas obtidas por meios ilícitos.

No que tange ao princípio da proporcionalidade, teceremos maiores comentários em capítulo próprio (4.5). A seguir esturdar-se-emos duas importantes exceções legais à teoria da prova ilícita por derivação, conhecidas como fonte independente e descoberta inevitável.

4.4 Fonte Independente e Descoberta Inevitável

Em processo penal, o surgimento de uma prova ilícita não tem o condão de gerar a nulidade de todo processo, vez que a Constituição brasileira não dispõe nesse sentido, não podendo, assim, lei ordinária fazê-lo (art. 5, LVI). Com a edição da lei 11.690/08, o legislador ordinário reproduziu o texto constitucional, acrescentando o desentranhamento da prova ilícita do processo (art. 157, “caput”, CPP), bem como das provas derivadas das ilícitas (art. 157, § 1, CPP); consagrando, conforme já dito, a teoria da prova ilícita por derivação.

Entretanto, o legislador infraconstitucional, com vistas a delimitar o contorno da teoria do “fruits of the poisonous tree” e evitar que provas licitamente produzidas, desconexas ou independentes das provas ilícitas sejam desentranhadas do processo, criou duas exceções legais, conhecidas como limitação da fonte independente e limitação da descoberta inevitável, previstas no art. 157, § 1º, “in fine” do CPP., “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, *salvo quando não evidenciado o nexó de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.*”

É oportuno, neste ponto, uma importante indagação. A prova ilícita será sempre desentranhada do processo? Não obstante o texto legal dê a entender que sim, a questão não é unânime entre a doutrina. Uma parcela de autores, com base no texto da lei, entende que toda e qualquer prova ilícita, inclusive as ilegítimas, deve ser desentranhada dos autos. Por outro lado, há aqueles que advogam o desentranhamento da prova ilícita somente quando se tratar de prova ilegal, reservando as nulidades ao campo das provas ilegítimas.

Filiando-se a primeira corrente, Nucci (2011, p. 391) considera que: “a reforma de 2008 acolheu, claramente, a ideia de que provas produzidas ao arripio da lei processual penal também geram ilicitudes, aptas a acarretar o desentranhamento da respectiva prova. Esse é quadro ideal para a lisura e ética na produção de provas, consentâneo ao Estado Democrático de Direito. O cenário das nulidades deve ser reservado a outros vícios, longe do âmbito das provas.”

Em sentido diametralmente oposto, Gomes Filho sustenta que:

Por isso, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crê, por exemplo, que a violação de regras processuais implica a ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O descumprimento da lei processual pode levar a *nulidade* do ato de formação da prova e impor a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573 *caput* do CPP. No caso de prova ilícita, diversamente, o ordenamento *veda* absolutamente o seu ingresso no processo e consequente valoração pelo juiz. (2010, p. 399)

Parece-nos que, segundo a dicção do art. 157, CPP, o legislador confiou o desentranhamento tanto das provas ilegítimas quanto das provas ilegais; contudo, em nosso ver, nem sempre a prova ilícita será desentranhada dos autos. Na verdade, o texto legal não é um dos mais felizes, e aqui, é importante a distinção entre prova ilegal e prova ilegítima. Quando houver violação de leis materiais, deverá a prova ser desentranhada, sendo vedado o seu ingresso no processo, bem como a sua valoração pelo Juiz. Quando a infringência ocorrer em face de normas processuais, a prova não precisa necessariamente ser desentranhada dos autos, já que a violação da lei processual é passível de nulidade, podendo ser renovada nos termos do art. 573 do CPP.

Pois bem, feita esta importante observação, o que se entende por fonte independente e descoberta inevitável?

Segundo o texto do art. 157, § 1º CPP, a prova da descoberta inevitável se dá quando não se evidência o nexo de causalidade entre ela e a prova ilícita. Malgrado as duas provas - a

ilícita (precedente) e a lícita (subsequente) – tenham sido produzidas e tenham levado ao mesmo objeto de prova, não há entre as mesmas qualquer liame ou relação de causa e efeito. Imaginemos, “verbi gratia”, que mediante tortura, a autoridade policial obtém do acusado a confissão do local exato donde as drogas estão escondidas, no entanto, outra equipe policial, usando os meios legais de investigação, efetua a apreensão dos entorpecentes. Como se vê não há, neste caso, falar em prova ilícita por derivação, vez que a apreensão das drogas não se deu em virtude da confissão viciada, mas sim da busca legalmente autorizada.

Na prova de fonte independente, apesar de existir o nexos causal entre a prova ilícita e a prova subsequente, esta é válida, visto que foi obtida por uma fonte autônoma. A “independent source” caracteriza-se por sua inevitabilidade, pois o objeto de prova seria alcançado por qualquer outro “modus probandi” lícito. Conforme a redação do § 2º do art. 157 do CPP., “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.” Suponhamos, por exemplo, que por meio de uma invasão domiciliar, a autoridade policial tenha apreendido documentos que incriminam o indiciado, porém já havia um mandado de busca e apreensão legalmente expedido pelo Juiz para tal fim. Neste caso, a prova ilegalmente colhida poderá ser usada em juízo, porque, embora maculada pela ilicitude, os documentos seriam naturalmente encontrados.

Na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, a validade da prova autônoma em processo penal tem pleno suporte; afastando, quando presente, a aplicação da teoria da prova ilícita por derivação. Nesse sentido, o relator do habeas corpus 90.376-2/RJ Ministro Celso de Mello proferiu seu voto:

Na realidade, o defeito inquinador da validade jurídica da prova penal em questão, surgido com desrespeito à garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, projetou-se, com evidente repercussão causal, sobre os demais elementos probatórios, que, não obstante produzidos, em momento superveniente, de modo (aparentemente) legítimo, achavam-se contaminados pelo vício da ilicitude de origem, não havendo que se cogitar, desse modo, na espécie, da existência de fontes autônomas de revelação da prova e que, sem qualquer relação causal com a prova originariamente ilícita, pudessem dar suporte independente e legitimador à formulação de um juízo condenatório...

Não se desconhece, como previamente salientado, que, tratando-se de elementos probatórios absolutamente desvinculados da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo qualquer relação de dependência, relevando-se, ao contrário, impregnados de plena autonomia, não se aplica, quanto a eles, a doutrina da ilicitude por derivação, por se cuidar, na espécie, de evidência fundada em uma fonte autônoma de conhecimento (“na independent source”)

Outrossim, não é outro o entendimento desposado pelo insigne ex-ministro da Suprema Corte, Eros Grau, conforme se extrai da ementa do habeas corpus n. 83.921/RJ, de sua relatoria:

“HABEAS-CORPUS”, SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS SUBSEQÜENTES, INOCORRÊNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA.

1. Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. Inaplicabilidade da teoria da árvore dos frutos envenenados (“fruits of the poisonous tree”). Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo.

2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do “writ”.

Ordem denegada.

Destarte, tanto a limitação da descoberta inevitável quanto à limitação da fonte independente, além de servirem de supedâneo para o Juiz na valoração das provas produzidas em juízo, são também duas importantes balizas na aplicação da teoria do “fruits of the poisonous tree” em processo penal, pois evita-se, assim, que provas lícitamente produzidas, desconexas ou independentes das provas ilícitas, sejam desentranhadas do processo com base em tal teoria.

4.5 O Princípio da Proporcionalidade e a Prova Ilícita “Pro Reo”

A grande discussão em torno das provas ilícitas, e também o ponto central do presente estudo, está relacionada à aceitação ou não das provas derivadas da prova ilícita em processo penal, aqui gladiando-se o princípio da proporcionalidade e a teoria da prova ilícita por derivação. Conforme vimos em capítulo anterior, parcela respeitável da doutrina e os Tribunais Superiores têm defendido e aplicado sistematicamente a teoria da prova ilícita por derivação em detrimento do princípio da razoabilidade, relegando-o, excepcionalmente, quando a prova ilícita for “pro reo”.

Nesse panorama, vozes dignas de consideração e respeito se levantam contra a aplicação do princípio da proporcionalidade em processo penal, sob os mais variados argumentos, que em maior ou menor grau, convergem para os seguintes: violação aos direitos

fundamentais; eventual arbítrio estatal, vez que o Estado já é dotado de prerrogativas especiais frente aos particulares na colheita e produção de provas; fortalecimento do estado policaresco; sistema processual penal deficitário; enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, visto que na obtenção da prova, o agente estatal não estaria vinculado à lei alguma. Enfim, como se vê, os argumentos são sérios e fortes.

Com base na lição de Grinover e Fernandes, Nucci (2011, p. 90), a sua vez, obtempera que: “o sistema processual penal pátrio é imaturo em assegurar, efetivamente os direitos e garantias individuais para acolher a teoria da proporcionalidade, devendo prevalecer à vedação total da aceitação das provas obtidas ilicitamente.” O autor (2011), por outro lado, considera que a não aceitação da prova ilícita não se reveste de caráter absoluto, admitindo uma única exceção, no caso do erro judiciário, em que o réu, condenado injustamente, poderia valer-se da prova ilícita, para conseguir sua absolvição; agindo, dessa forma, em legítima defesa.

Nesse mesmo sentido, é a lição de Grinover, que repudia a aplicação do princípio da proporcionalidade sob o argumento de que, caso acolhido, poderia dar ensejo a interpretações subjetivas por parte do órgão julgador; colocando, assim, em risco os direitos e garantias fundamentais, “in verbis”:

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.

Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo) o critério da “razoabilidade” do direito norte-americano, correspondente ao princípio de “proporcionalidade” do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, 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. (1982, p. 151)

Tal orientação também é acolhida, de forma eloquente, por Gomes Filho, para quem, a formação do livre conhecimento do julgador não é absoluta, devendo ele se ater somente aos elementos probatórios legalmente coligidos. Ademais, assevera o autor que, mesmo diante dos crimes mais graves, em que a sociedade clama por uma repressão mais célere e eficaz, o

princípio do devido processo legal deve ser observado, mesmo em prejuízo da busca da verdade.

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 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 a formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de provas maculadas pela ilicitude, sob a justificativa da proporcionalidade ou razoabilidade. (1999, p. 249/266)

No entanto, não é mansa e pacífica a questão. Senão, vejamos!

Malgrado a advertência feita por Gomes Filho, sob os riscos de se adotar o princípio da proporcionalidade como regra no sistema processual penal pátrio, o mesmo, de forma contraditória, acaba por admiti-la ao invocar a ponderação de valores em cada caso concreto. Nesse sentido, dispõe o autor (1999, p. 249/266): “...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.”

No que tange à avaliação da ilicitude da prova, Capez (2011) sustenta que a prova ilícita não deve ser simplesmente banida do processo, não sem antes haver uma análise mais aprofundada. Para tanto, o autor aborda a questão do sigilo da correspondência epistolar, previsto no art. 5, XII, da CF, com a possibilidade de haver sua quebra, em face da prática de ilícito penal. Para o autor, nenhum direito ou garantia individual pode ser analisado como absoluto, de forma que ninguém pode se esconder atrás deles, como por exemplo, o direito à intimidade e à privacidade, a fim de praticar um crime. Nesse sentido, o direito coletivo, como o direito à segurança, deve prevalecer sobre o direito individual.

Com a “*permissia venia*”, discordamos da corrente doutrina que rejeita a aplicação do princípio da proporcionalidade e a admissibilidade das provas ilícitas em processo penal; ao contrário, entendemos que, no tocante as provas ilícitas e derivadas das ilícitas, o aludido

princípio deveria ser o norte para o julgador, admitindo-o inclusive a favor da acusação. Importa frisar que, a nosso ver, o que deve ser regra não é a produção ou a utilização indiscriminada de provas ilícitas e suas derivadas em sede de processo penal; mas sim, a aplicação pelo Juiz do princípio da proporcionalidade quando do surgimento de uma prova ilícita, seja ou não a favor do réu.

Não quer isto dizer, contudo, que a prova ilicitamente colhida ou produzida será aceita sempre; nem mesmo que devemos adotar o princípio de que os fins justificam os meios, legitimando a verdade por qualquer fonte probatória; nem tampouco erigir o *princípio da veracidade da prova* como regra, princípio este que vigorou num passado não muito distante em nossos tribunais e, nas palavras de Ricardo Cintra Torres de Carvalho citado por Gomes Filho (2010, p. 395/396), “segundo o qual a prova era analisada pela carga de convencimento que contém, abstraída a forma de sua obtenção; eventual irregularidade era tida como questão de ilícito administrativo ou penal, a ser apurada na órbita própria, não interferindo em sua admissibilidade.”

Pois bem, para melhor compreensão do tema, exemplifiquemos. Imaginemos que o réu esteja sendo processado pelo crime de estupro e, no decorrer da demanda, obtém, mediante a apreensão de uma missiva escrita pela suposta vítima, declaração dizendo ser ele inocente da imputação que lhe é feita. Noutra caso, a autoridade policial prende um indivíduo acusado do crime de homicídio simples e, mediante tortura, obtém a sua confissão. Tomemos ainda um último exemplo. Suponhamos que um policial toma conhecimento da existência de um crime de extorsão mediante sequestro em andamento e, por meio de uma interceptação telefônica sem autorização judicial, descobre o local do cativo, efetuando, “a posteriori”, a prisão dos criminosos e a libertação da vítima.

Conforme se depreende dos exemplos acima, não obstante a particularidade de cada caso, todos apresentam um ponto em comum, ou melhor, estão eivados de provas derivadas ilícitas. Seria então razoável repudiar a prova ilícita em todas as hipóteses apresentadas com base na teoria da prova ilícita por derivação? É evidente que não. É aí que entra o princípio da proporcionalidade na avaliação de cada caso concreto. Voltemos aos exemplos.

No primeiro caso, é indiscutível - e pacífico na quase totalidade da doutrina e jurisprudência - que o réu pode valer-se da prova ilícita, já que está agindo em legítima defesa. Na segunda hipótese, porém, é inadmissível a aceitação da confissão viciada como meio prova, uma vez que tortura é crime gravíssimo, equiparado a hediondo e com previsão constitucional (Art. 5, XLVI CF).

No último exemplo, não há dúvida de que a autoridade policial, quando da interceptação telefônica ilegal, violou direito fundamental individual dos bandidos e deverá, por isso, responder no âmbito penal e administrativo pelo ilícito praticado. No entanto, seria razoável que o Juiz, na instrução probatória, não dispondo de outras provas, aplicasse a teoria dos frutos da árvore envenenada, rejeitando a prova ilícita? Ou ainda, se teria alcançado a almejada justiça com a absolvição dos perigosos sequestradores, em virtude da prova derivada coligida estar maculada de ilicitude e, portanto, imprestável ao processo? Pensemos que não.

Aqui, como se vê, direitos fundamentais igualmente previstos na Constituição Federal estão em confronto; de um lado, o direito individual à intimidade e à privacidade que foram violados, em face da escuta telefônica clandestina; de outro, o direito coletivo à segurança e, até mesmo, o direito à vida e a integridade físico-psíquica da coletividade, uma vez que soltos e livremente impunes, os facínoras certamente retornariam a prática delituosa. Ademais, não se pode perder de vista que há uma subjacente colisão entre a satisfação do interesse punitivo e a preservação das liberdades públicas, que, a nosso ver, deve ser sanada pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

No que tange ao princípio da proporcionalidade, Bonavides obtempera que:

Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwagung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção. (2011, p. 426)

Em que pese às vantagens advindas da ampla utilização e aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito probatório, o seu emprego em nosso ordenamento jurídico é, não rara vezes, limitado e preterido. Nessa vereda, o constitucionalista Bonavides, de forma lapidar, sustenta que o princípio da proporcionalidade deve migrar do plano teórico e doutrinário, para o plano fático e jurisprudencial:

Em nosso ordenamento não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extrai-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial.

Em verdade, trata-se daquilo que há de mais e novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo; princípio cuja vocação se move no sentido de compatibilizar a consideração das realidades não captadas pelo formalismo jurídico,

ou por estes marginalizadas, com as necessidades atualizadoras de um Direito Constitucional projetado sobre a vida concreta e dotado da mais larga esfera possível de incidência – fora, portanto, das regiões teóricas, puramente formais e abstratas. (2011, p. 434)

Destarte, é patente que a aplicação do princípio da proporcionalidade, no processo penal é a única forma de atender satisfatoriamente o polêmico cenário das provas ilícitas, devendo, até mesmo, ser aplicado em favor da acusação, assim como na ocorrência de crimes graves, cujo direito coletivo é imensuravelmente superior aos direitos individuais das partes envolvidas na demanda.

CONCLUSÃO

Quando uma prova ilícita surge no ordenamento jurídico - seja porque foi ilegitimidade produzida, seja porque foi ilegalmente colhida - há invariavelmente a violação de um direito fundamental (Art. 5, LVI CF). Assim, irrompida uma prova ilícita no processo ou fora dele, é indiscutível que houve por parte do agente que a produziu uma transgressão do ordenamento jurídico, bem como a violação de um direito fundamental; devendo, por isso, responder pelo ilícito praticado.

Abstraída essa questão, a discussão se volta em torno de qual tratamento devemos dar a essa prova ilicitamente produzida. Aplicar a teoria dos frutos da árvore envenenada e rejeitar a prova ilícita ou valer-se do princípio da proporcionalidade para valorar essa prova no processo?

Conforme se extrai do preceito constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas e da teoria da prova ilícita por derivação, o processo deve garantir a máxima proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos e obedecer rigorosamente ao princípio do devido processo legal, sendo irrelevante o resultado processual. O princípio da proporcionalidade, por seu turno, busca sopesar os direitos fundamentais colidentes e, ao mesmo tempo, conferir maior liberdade probatória ao julgador, que, mediante critérios objetivos e subjetivos, poderá aceitar ou rejeitar a prova ilícita derivada. Aqui, o resultado processual é importante.

Ocorre, contudo, que até mesmo a jurisprudência e a doutrina mais conservadora notaram ser inviável a vedação absoluta prevista no art. 5, inciso LVI da CF., e passaram a adotar o sistema jurídico da inadmissibilidade processual relativa das provas ilícitas, admitindo-se a prova ilícita “pro reo”, isto é, quando for a prova reveladora de sua inocência. Porém, manteve-se a vedação em relação às provas ilícitas “pro societa”.

Nessa perspectiva, mostrou-se extremamente frágil o argumento de parte da doutrina, no sentido de que existe uma unidade lógica, que deve permear todos os sistemas jurídicos - melhor explico - de que o Estado não poderia se valer de uma ilegalidade para satisfazer o sistema punitivo, neste caso, absolvendo um inocente.

Pois bem, retornado a questão inicial, restou demonstrando ao longo do estudo, que em caso de crimes graves ou quando o delito que se apura é mais grave e ofende mais seriamente o ordenamento jurídico e os direitos coletivos do que os direitos individuais violados na obtenção da prova ilícita; deve ser aplicado pelo Juiz o princípio da

proporcionalidade, no sentido de se aceitar tal prova, podendo ser utilizada na fundamentação da sentença, para condenar ou absolver o(s) acusado(s).

No entanto, não há olvidar-se que surgida uma prova ilícita em processo penal, não quer dizer que ela deverá ser aceita. O Magistrado deverá colocar na balança os direitos fundamentais opostos, para só, assim, rejeitar ou aceitá-la. Caso ele verifique, no caso concreto, que os meios empregados para a colheita ou produção da prova ilícita, violaram mais gravemente os direitos fundamentais e o ordenamento jurídico do que o próprio delito que se apura, a prova deverá ser desentranhada dos autos.

Nesse sentido, cumpre-nos frisar que em determinados casos, a prova ilícita derivada nunca deverá ser aceita, como, por exemplo, nas confissões viciadas pelo crime de tortura. Essa prática odiosa jamais poderá servir de supedâneo legitimador da prova ilícita, devendo ser reprimida severamente nos termos da Constituição Federal.

Do exposto, o princípio da proporcionalidade deve orientar a atuação do Juiz na valoração das provas ilícitas, uma vez que é mais condizente com o Estado Democrático de Direito, bem como aos postulados da justiça na repressão dos delitos; devendo ser aplicado, também, em favor da sociedade. Ademais, esse princípio não é um postulado qualquer, pelo contrário, deve nortear todas as ações dos operadores do direito, não só no âmbito das provas ilícitas, mas em todo ramo jurídico, visto que ele nada mais é do que a utilização do bom-senso, e quem carece de tal característica não está qualificado a atuar na seara jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil e Constituição Federal 2009**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Código de Processo Penal e Constituição Federal 2010**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 50. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Decreto n. 678 de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 14 de outubro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 69.912/RS. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 16 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2869912%2ENUM E%2E+OU+69912%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 de outubro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.788/RJ. 2. Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de abril de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882788%2ENUM E%2E+OU+82788%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 de outubro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 83.921/RJ. 1. Turma. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 03 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2883921%2ENUM E%2E+OU+83921%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 de outubro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 90.376-2/RJ. 2. Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 03 de abril de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Teoria+da+%C1rvore+dos+Frutos+envenenados%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 14 de outubro de 2012.

_____. Tribunal de Justiça da Bahia. Apelação n. 0000933-1/2008/BA. 1. Câmara Criminal. Relator: Desembargador Relator Lourival Almeida Trindade. Bahia, 26 de agosto de 2010.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação n. 0000822-59.2003.8.17.0640/PE. 2. Câmara Criminal. Relator: Desembargador Mauro Alencar de Barros, Pernambuco, 17 de agosto de 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNANDES, Antônio Scarance. (Org.). et al. **Provas no processo penal – estudo comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Luís Flávio. Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade. **LFG**. 12, jun. 2008. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2008071117152660>. Acesso em: 15 de outubro de 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães; MORAES, Alexandre de. (Org.). **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 85, p. 393-410, jul./ago. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia dos atos processuais à luz da Constituição Federal. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 37, p. 46-47, 1992.

_____. **Liberdades públicas e processo penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Provas no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, da José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TOURINHO, Fernando. **Manual de processo penal.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.