

# 1

## Introdução

Existem temas no Direito que são particularmente instigantes e, justamente por isso, são altamente propensos ao debate e à reflexão. Dentre eles alguns suscitam discussões acaloradas. A vedação de utilização de provas ilícitas no processo penal certamente é um deles.

Tal se dá porque, na persecução criminal se desenrola uma relação de conflito entre o direito de liberdade do acusado e o interesse de punir do Estado. Nesse conflito, a Constituição Federal tomou o partido do primeiro, consolidando um sistema de garantias capaz de protegê-lo contra o arbítrio estatal e a onipotência do poder punitivo.

No entanto, a banalização da violência e a exposição da falibilidade do sistema penal na repressão do crime despertaram uma sensação de insegurança (e de vingança) tendente à desconsideração dos limites. Essa sensação gera uma pressão punitiva apta a baralhar o compromisso dos operadores jurídicos em fazer prevalecer a vontade da Constituição.

Realmente, se de um ponto o combate ao crime e a necessidade de proteção de bens jurídicos, pelo Direito Penal, reclamam do Estado uma atuação consistente; de outro ponto, é no processo penal que se tem o quadro mais dramático da condição humana, pois é nele que o homem se vê privado de sua dignidade, de sua intimidade, exposto aos olhos do mundo como um objeto numa vitrine<sup>1</sup>.

A garantia fundamental de proibição de utilização de provas ilicitamente obtidas se coloca no epicentro de todas essas tensões, marcando a necessidade de se afirmar um núcleo fundamental e *irredutível* capaz de estruturar a atividade persecutória, estabelecendo limites à atuação do Estado na busca da prova e, a um só tempo, concretizando um modelo que resgata a valorização da Constituição, em especial, dos direitos fundamentais por ela erigidos.

---

<sup>1</sup> AVÓLIO, L. F. T., *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, p. 9.

A Constituição veda peremptoriamente a utilização de provas ilícitas no processo (art. 5º, LVI da CR/88). Contudo, essa proscrição *in abstracto* vem recebendo severas críticas de respeitável setor da doutrina.

É que, segundo alguns juristas, os direitos fundamentais - categoria na qual se insere a referida proibição -, conquanto conformadores da estrutura do Estado, não são infensos a limitações. Segundo os partidários dessa concepção, a inviabilidade da admissão de utilização de prova obtida ilicitamente deve se dar *in concreto*, sopesando-se valores outros que poderão entrar em rota de colisão com a garantia fundamental em comento. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade seria o instrumento capaz de retirar a impermeabilidade da garantia fundamental, de modo a permitir que o magistrado pudesse encontrar soluções ótimas no caso concreto.

Como o próprio título da dissertação está a indicar – *A vedação de utilização de provas ilícitas no processo e a inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade* – não vemos a questão nesses termos. Muito embora existam vários e excelentes trabalhos sobre o tema, focados inclusive na discussão da aplicação do princípio da proporcionalidade em matéria de provas ilícitas, acreditamos ainda ser relevante discutir o assunto, até mesmo porque andamos por outras quadras.

A dissertação sustenta, em síntese, que a inadmissibilidade de provas ilícitas constitui uma *regra* e, portanto, fora do alvo do princípio da proporcionalidade. Realmente, somente a rigidez daquele tipo de norma é capaz de fornecer ao acusado a *garantia* de que seus direitos não falharão em sua defesa, em momentos críticos; o constituinte certamente se apercebeu disso. Eis, então, os dois eixos da pesquisa: a estrutura dessa norma de direito fundamental e a formação de um sistema de garantias com força suficiente para conter investidas do Estado e de terceiros, no campo da *persecutio criminis*.

Com vistas a explicar a estrutura da norma que veda a utilização de provas ilícitas no processo (primeiro eixo), partir-se-á do critério forte de distinção entre regras e princípios proposto por Robert Alexy, na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Não se descartou, porém o “modelo de regras” cunhado por Ronald Dworkin que se revelou apto a conferir ainda maior estabilidade à garantia constitucional analisada, mormente quando em jogo a liberdade individual colocada em risco em face dos interesses persecutórios.

Buscando explicar o sistema de garantias destinadas à proteção do acusado no desenvolvimento da atividade persecutória estatal (segundo eixo), valer-se-á da teoria do garantismo jurídico, cunhada pelo italiano Luigi Ferrajoli. O modelo do italiano busca estabelecer balizas de racionalidade e civilidade a toda e qualquer intervenção estatal, “deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais”<sup>2</sup>.

Acresça-se que serão utilizadas algumas obras específicas sobre provas ilícitas envolvendo os seus mais diversos matizes, de forma a colacionar a opinião de diversos autores que enfrentaram o tema, cada qual com enfoque próprio, mas todos imbuídos no espírito de discutir e problematizar o assunto, que pelos seus próprios contornos é complexo, no ponto em que coloca (aparentemente) a efetividade da realização da justiça penal em nítido contraste com os direitos e garantias individuais.

De toda sorte, o objetivo da dissertação é demonstrar que uma prova obtida por meios ilícitos não pode ser admitida no processo penal, em desfavor do acusado, bem como evidenciar os riscos da relativização dos direitos e garantias individuais consagrados na forma de regra, com a aplicação do princípio da proporcionalidade. Para bem cumprir os seus objetivos, a dissertação será organizada em três capítulos.

No primeiro deles serão apresentados os direitos e garantias fundamentais ligados ao processo penal, com o nítido propósito de demonstrar a necessidade impostergável de realinhar a legislação processual às balizas constitucionais. Neste capítulo, também será traçado o perfil da teoria do garantismo jurídico, a qual servirá como pano de fundo de toda a dissertação, tentando demonstrar que os direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 são imprescindíveis para a própria sustentação do Estado Democrático de Direito.

O segundo capítulo analisará o direito fundamental à vedação de utilização das provas ilícitas no processo, assentando a importância dessa conquista histórica destinada a refrear o arbítrio do Estado e garantir ao cidadão submetido a um processo a efetivação de seus direitos fundamentais. Conquanto não se negue que

---

<sup>2</sup> CARVALHO, A. B.; CARVALHO; S., *Aplicação da Pena e Garantismo*, p. 19.

o direito à produção de provas esteja intimamente ligado ao direito de acesso ao Poder Judiciário (direito de ação), decorre do princípio do devido processo legal (*due process of law*) a idéia de que a pretensão punitiva não é um fim a ser obtido a todo custo, de sorte que no curso do processo há valores que reclamam proteção estatal, em especial os direitos e garantias fundamentais que representam o ideal democrático da Constituição da República. Dentro desse quadro, pretende-se recolher a noção de que a atividade probatória, dentro de um Estado Democrático de Direito, comporta limites.

O terceiro capítulo tem o objetivo de discutir a inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade em tema de vedação de utilização de provas ilícitas. Muito embora não se negue que a idéia de justiça esteja atrelada à noção de equilíbrio, é importante perceber que a vedação de utilização de provas ilícitas no processo visa justamente igualar os valores em jogo nessa relação, de sorte que a aplicação do princípio da proporcionalidade acabaria por desnaturar a própria estrutura do modelo constitucional do processo penal, sobrelevando, ainda mais, as desigualdades intrínsecas à *persecutio criminis*. Por fim, estabelecer-se-á as conclusões da pesquisa.

É importante ressaltar que a dinâmica do trabalho irá se operar na seara do processo penal-constitucional, muito embora o tema tenha importantes implicações no âmbito do processo civil-constitucional.

Registro também que não foi o objetivo da pesquisa focar o assunto dentro da sistemática da lei de interceptações telefônicas ou a partir de casos concretos. Os exemplos só foram utilizados quando julguei indispensável para a compreensão do tema. Isso porque que é dos casuísmos que se operam as distorções do direito fundamental; são eles que nos tentam, numa visão parcial de problemas complexos, a desejar o fruto proibido.