

4

A vedação de utilização de provas ilícitas e o princípio da proporcionalidade

4.1

Noções gerais

A idéia de proporcionalidade está intimamente ligada à de equilíbrio, e ambas à de Direito. A equalização de interesses conflitantes, com o mínimo de desgaste e sacrifício possíveis, é mesmo o objetivo do Direito, enquanto ciência¹. O paralelo entre o Direito e a balança bem retrata essa dinâmica de ponderação de valores que impregna o discurso jurídico.²

É quase uma obviedade a afirmação de haver equilíbrio entre valores que se entrecrocaram, no entanto, estabelecer como, quando e por quem deve ser feito esse juízo de sopesamento são, por certo, questões irresolutas que desafiam os juristas há milênios e estão longe de serem resolvidas (se é que algum dia serão).

De toda forma, não se pode negar que essas questões, tão antigas quanto complexas, insistem em se colocar na ordem do dia nos debates do Direito Constitucional, em especial, no que concerne à relação entre os poderes constituídos e os direitos fundamentais.

Ronald Dworkin, a esse propósito, lembra que “A Constituição funde questões jurídicas e morais, fazendo com que a validade de uma lei dependa da

¹ Nesse sentido a lição clássica de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “Indaga-se desde logo, qual a causa dessa relação entre a sociedade e direito. E a resposta está na função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificam entre seus membros. A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.” (CINTRA, A.C.A., DINAMARCO, C. R., GRINOVER, A. P. *Teoria Geral do Processo*, p. 84).

² Cf. BRANCO, P. G. G., *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, p. 3 et. seq..

resposta a problemas morais complexos.”³

Em alguns raros casos, é bem verdade, que o constituinte realiza um juízo *ex ante*, definitivo, acerca da precedência de certos valores conflitantes; nos demais, o constituinte abre caminho para soluções intermediárias, em um sistema híbrido de vinculação e flexibilidade, permitindo-se aos poderes constituídos a realização de um juízo *ex post* sobre os valores em contraste, ou, ainda confere ao Poder Legislativo ordinário o descortino de soluções adequadas à regulação de interesses prevalentes em cada época, muito embora o próprio constituinte não tenha negado o relevo e a importância dos valores que seriam cotejados.

Nesse último caso, o próprio constituinte sabedor do risco de resultados discrepantes que poderiam advir da aplicação direta de suas disposições pelos operadores do direito, apelou para que o legislador viabilizasse a aplicação de suas normas, de forma mais segura e concreta. Em alguns casos, esse apelo é explícito, dando azo às chamadas reservas legais (*e.g.* “na forma da lei” ou “nos termos da lei”) simples ou qualificadas.

Luiz Fernando Calil de Freitas assevera que a restrição a direitos fundamentais por obra legiferante ordinária, por lógica, só pode ser válida e constitucionalmente adequada quando produzida por norma clara, determinada, geral e abstrata, uma vez que a norma despida desses atributos não permitirá a controlabilidade da ação interventiva, colocando em risco a segurança jurídica.⁴

Em que pese a possibilidade de se derrubar essa lei ordinária, fruto de decisão legislativa, por excesso ou por proteção deficiente na conformação de um direito fundamental, a censura a essa decisão política deve ser sempre excepcional, ou seja, cabível apenas naqueles casos em que for impossível emprestar ao dispositivo de lei ordinária interpretação conforme a Constituição, ou, quando a norma dele resultante implicar em esvaziamento de um determinado direito fundamental⁵. Em prol dessa desconstituição da obra legislativa pelo Poder

³ DWORKIN, R., *Levando os Direitos à sério*, p. 285.

⁴ FREITAS, L. F. C., *Direitos fundamentais limites e restrições*, p. 189-190.

⁵ Confira-se as ementas:

(...) O CONTROLE JURISDICIONAL DE ABUSOS PRATICADOS POR COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. - A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamados pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder

Judiciário, bastaria dizer que os direitos fundamentais não ficaram entregues à discricionária disposição do legislador⁶. No entanto, o recurso a esse expediente deve ser mesmo excepcional.

Com efeito, no Estado Democrático a ponderação entre os vários valores em jogo deve ser entregue primordialmente ao Legislativo, conquanto isso não signifique licença para destruir o projeto constituinte ou o subjugo das demais funções essenciais. Muito pelo contrário, a realização do projeto constituinte não

Público ou de qualquer instituição estatal. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. (...). (MS 23452, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000)

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO LEGAL DOS FATORES DE INDEXAÇÃO - ALEGADA OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA - INOCORRÊNCIA - SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MAJORAÇÃO DO TRIBUTO - RECURSO IMPROVIDO. - Não se revela lícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial. Se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Precedentes. (...) - *O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.* Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes. (RE 200844 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/06/2002, DJ 16-08-2002 - grifamos).

VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL - RESPEITO À CLÁUSULA DO *SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW*. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador. (ADI 1407 MC, Rel.: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/1996, DJ 24-11-2000)

⁶ FREITAS, L. F. C., *Direitos fundamentais limites e restrições*, p. 159.

logrará se efetivar sem atuação conjunta e responsável do Executivo e do Judiciário.

Na modernidade, no entanto, a função jurisdicional tem se inflado. O Poder Judiciário foi aos poucos mordiscando atribuições outrora entregues a outras funções essenciais, de modo que é muito difícil conter a afirmação da existência de certo desequilíbrio entre as funções essenciais do Estado. No verso desse mesmo fenômeno, é também quase inescandível o descontentamento com a atuação do Legislativo e a descrença em sua capacidade de dar conta das complexas demandas existentes na sociedade moderna.

A inação do Legislativo tem ensejado uma atuação supletiva por parte das outras funções essenciais (Executivo e Judiciário), algumas delas legítimas, outras nem tanto. A proteção contra eventual inércia do Legislativo também desafiou a atenção da Constituição Federal.

Contudo, muito mais preocupante para os efeitos desse trabalho são, porém (mas também umbilicalmente ligado a esse problema do “déficit de legitimidade do Legislativo”), aqueles casos em que o Legislativo não se revelou inativo, mas, ao contrário, decidiu, e essa decisão “diz o que não queremos ouvir”.⁷

Nesse contexto de relutância em se observar aquela norma inconveniente, em que pese a ordem clara do direito, é que a tentação de não levar o direito à sério⁸ pode encontrar um espaço propício (e perigoso) para o seu desenvolvimento. Assim, sempre sob o argumento de concreção daquele projeto constitucional ou das próprias normas constitucionais, da realização do fluido princípio da dignidade humana, da prevalência do interesse público, ou de qualquer outro esotérico conteúdo principiológico, pouco a pouco vem se assistindo à substituição da vontade geral pela vontade do magistrado. O pior é que, muitas vezes, essas decisões são aplaudidas e, pouco a pouco, se consolida o que Paulo Bonavides chamou de “Estado de juízes”.⁹

Evidentemente, que não se nega o poder e o dever do magistrado interpretar a lei (atividade que tem se demonstrado cada vez mais complexa), o repúdio fica dirigido àquela pretensa atividade interpretativa que inverte, que nega, que altera e que cria em desacordo com as normas colhidas das instâncias legítimas (ainda que

⁷ C.f. STRUCHINER, N., *Indeterminação e Objetividade*. Quando o Direito diz o que Não Queremos Ouvir.

⁸ DWORKIN, R., *Levando os Direitos à sério*, p. 283 et. seq..

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 421.

desacreditadas). E nesse jogo de “pão e circo” a legitimidade popular se distancia das normas e a concentração de poder nas mãos do Judiciário raia quase ao descontrole. A questão é tanto mais delicada quanto mais liberdade se dá à atuação do magistrado.

Nesse particular, a noção de rigidez das normas constitucionais aliada a um sistema de controle difuso de constitucionalidade não pode levar o juiz, a pretexto da defesa da Lei Maior, chegar ao ponto de trocar os sinais das normas constitucionais – permitindo o que deve ser proibido e proibindo o que deve ser permitido -, desconsiderando que a guarda da Constituição perpassa igualmente pelo respeito às decisões tomadas pelo legislador.

Tudo isso considerado, registre-se que o juízo de ponderação é realizado em várias fases e por várias instâncias, não sendo, pois exclusividade da atividade jurisdicional.

Assim, o próprio constituinte pode disciplinar determinada matéria sobre a forma de regra ou de princípio, o que irá depender do grau de segurança e rigidez que pretende conferir à decisão (política) acerca dos valores em jogo. Quanto mais flexível for essa primeira decisão quanto mais aberta estará a possibilidade de realização de novos sopesamentos.

Caso opte pelo modelo normológico de regra, essa decisão havida pelo constituinte originário não poderá ser *desconstituída* por qualquer dos poderes *constituídos*, muito embora não se negue a possibilidade de criação de regra de exceção, feita pelo próprio constituinte ou por autorização feita ao *legislativo*, por reserva simples ou qualificada. A elaboração de cláusula de exceção/restrição feita por decisão legislativa infraconstitucional – quando autorizada pelo constituinte – é vantajosa, porque a lei, dotada de abstração, generalidade e com efeitos prospectivos, afasta a insegurança jurídica e, ao mesmo tempo, permite um refletido juízo de sopesamento sobre os valores colidentes pela representação popular. Vale dizer: quando um direito fundamental é criado pelo constituinte, seguindo o modelo de regra, de duas, uma: ou ele mesmo faz as exceções ou prevê a possibilidade de criação de hipóteses de exceção pelo legislador infraconstitucional. Nesse último caso, as exceções devem ser claras e precisas, sob pena de se negar o próprio direito fundamental a ser restringido. Não significa isso, no entanto, que o legislador não possa criar normas que definam o conteúdo de um determinado direito fundamental, ainda que do tipo regra.

Quando, porém, o direito fundamental é definido pelo modelo de princípio, não há decisão definitiva. Assim, em algumas hipóteses, os princípios permitirão aplicação direta pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo, oportunidade em que poderão realizar o juízo de ponderação, caso o Poder Legislativo não tenha se adiantado e, validamente, decidido sobre a relação de precedência de um princípio sobre outro, criando regras.

Nunca é despidendo ressaltar que caso essa decisão tenha sido tomada pelo Poder Legislativo, o Poder Judiciário e o Executivo deverão acatá-la. Qualquer juízo de ponderação que eventualmente deva ser feito não pode subverter aquela decisão, ou seja, por mais que seja necessária a realização de novo juízo de ponderação, o resultado obtido dessa operação não pode ser um desvario, no mais completo desapego à segurança jurídica.

4.2

O princípio da proporcionalidade

Para Robert Alexy existe uma conexão clara entre a *máxima da proporcionalidade*¹⁰ (ou princípio da proporcionalidade) e a teoria dos princípios. Isso porque os princípios enquanto mandamentos de otimização, não estabelecem soluções definitivas - mas *prima facie* -, razão pela qual dependem, no caso de choque com outros princípios, de um sopesamento que viabilize a formação da regra de colisão. Como vimos, a regra de colisão deverá implicar em menor restrição possível ao princípio que, no caso concreto, tenha menor peso (lei da ponderação).

Dessa forma, o sopesamento sobre a relação de precedência de um princípio, em face dos outros que com ele entram em rota de colisão é viabilizado

¹⁰ O próprio alemão explica que a máxima da proporcionalidade é denominada com frequência de princípio da proporcionalidade, entretanto, deixa claro que não se trata, tecnicamente, de um princípio, pois não seria correto dizer que ela em alguns casos teria precedência e em outros não. Para o autor, como veremos, a máxima da proporcionalidade tem três axiomas básicos – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – que na verdade se estruturam como regras, devendo, pois, serem satisfeitas em sua integralidade, ou não satisfeitas, neste caso haveria uma ilegalidade (ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 117, nota de rodapé 84). Registrada a diferenciação do autor, seguiremos utilizando eventualmente a expressão mais comum em nossa doutrina: “princípio da proporcionalidade”.

pela máxima da proporcionalidade, enfim, pelo critério da ponderação.¹¹

Nessa ordem de idéias, o princípio da proporcionalidade é instrumento necessário para a proteção e manutenção do equilíbrio entre princípios, especialmente aqueles consagradores de direitos fundamentais. Não é por outra razão que, a própria idéia de restrição/limitação de direitos fundamentais, consagrados em normas desse tipo leva em conta a máxima da proporcionalidade.

Para Alexy, a máxima da proporcionalidade possui três máximas parciais: a da adequação, a da necessidade e a da proporcionalidade em sentido estrito. Essas máximas parciais, operadas segundo o modelo de *regras*, permitem aquilatar o grau de realização ótima dos princípios, conforme as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes ao caso concreto¹².

Assim, a ponderação entre princípios conflitantes deverá seguir sucessivamente as máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, de modo que, o juízo de verificação de satisfação da máxima parcial posterior, só tem lugar quando a anterior tiver sido completamente satisfeita. A não satisfação integral de qualquer uma dessas máximas leva à conclusão de que a medida pretendida é inconstitucional.¹³⁻¹⁴

¹¹ Wilson Steinmetz em mesmo sentido dispara ao registrar: “Como mandamentos de otimização, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Isso significa que podem ser satisfeitos em graus diferentes e que a medida ordenada de sua satisfação depende não só das possibilidades fáticas senão jurídicas, que estão determinadas não só por regras senão também, essencialmente, pelos princípios opostos. Isso implica que os princípios são suscetíveis de ponderação e, ademais, dela necessitam. A ponderação é a forma de aplicação do direito que caracteriza os princípios.” (STEINMETZ, W., *Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais*, p. 32).

¹² ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 116-117. Na doutrina brasileira, não é raro reconhecer essas “máximas parciais” pela rubrica de “subprincípios” ou, por vezes, até mesmo “princípios”. Não vemos qualquer inconveniente em adotar as expressões nacionais, em que pese não ter sido a opção do alemão.

¹³ Nesse sentido: PACHECO, D. F., *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 150-151: “Se a medida legislativa, judicial ou administrativa não passar no exame de determinado subprincípio, ela será considerada inconstitucional. Se o exame tiver sido realizado *preventivamente*, a respectiva medida não será implementada; por exemplo, não será realizada uma busca domiciliar durante uma investigação criminal ou o Congresso não aprovará uma lei processual penal. Se o exame tiver sido realizado *repressivamente*, a respectiva medida será declarada inconstitucional, com as conseqüências pertinentes decorrentes dessa declaração; por exemplo, a busca domiciliar que foi realizada na investigação criminal será declarada inconstitucional e, por conseguinte, será considerada como prova ilícita e terá o respectivo auto de apreensão desentranhado dos autos do processo penal.”. Compartilhando também do mesmo entendimento, BRIDA, N. A. *O princípio da proporcionalidade: fundamento constitucional e elementos de aplicação*: “A aplicação dos princípios parciais do princípio da proporcionalidade deve ser categoricamente na ordem em que se apresenta, ou seja, averiguação da adequação, posteriormente da necessidade e, por conseguinte, averiguar se a medida é proporcional em sentido estrito. Coloca-se que, somente constatando que a medida tomada é adequada aos fins que almeja, e este procedimento será melhor avaliado no item seguinte, é que se avaliará se é necessária, ou seja,

Antes, porém, de prosseguir na análise dessas máximas parciais, cumpre registrar, com apoio nas lições de Denílson Feitoza Pacheco que “podemos considerar a persecução criminal em si mesma, em sua globalidade, como uma intervenção nos direitos fundamentais das pessoas que lhe ficam sujeitos tanto na investigação criminal quanto no processo penal ‘condenatório’”¹⁵. Nessa ordem de idéias, toda a *persecutio criminis* deve ser orientada pela mínima intervenção possível. Essa intervenção em grau mínimo é decorrência da incidência, direta e *prima facie*, dos princípios da liberdade e da presunção de inocência.

4.2.1

O princípio da adequação

O princípio da adequação (ou máxima da adequação), também denominado de princípio da idoneidade ou princípio da conformação, determina que a solução ou medida encontrada tenha a aptidão para o atingimento do *fin desejado e constitucionalmente respaldado*.

menor restrição possível. Somente com a constatação de que seja o meio menos gravoso, o examinador passará adiante para averiguar se a medida é proporcional”.

¹⁴ Nesse sentido os trechos da ementa:

A QUEBRA DO SIGILO CONSTITUI PODER INERENTE À COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. - O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) - ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política - não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV). - As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal. - O caráter privilegiado das relações Advogado-cliente: a questão do sigilo profissional do Advogado, enquanto depositário de informações confidenciais resultantes de suas relações com o cliente. (...). (MS 23452, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000)

¹⁵ PACHECO, D. F., *O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro*, p. 145.

A satisfação dessa máxima parcial passa pela constatação de que o meio ou a medida empregado(a) se revela adequado(a), útil ou apropriado(a) para a consecução de determinada finalidade desejada. Procede-se, pois, a um juízo de verificação da existência de uma relação lógica entre meio e fim.¹⁶

Por lógica, aquela medida que não mantenha qualquer pertinência com o objetivo pretendido deverá, necessariamente, ser reputada inconstitucional¹⁷. É que “se um meio não serve para atender a um fim exigido por um princípio e afeta as possibilidades de realização de outro princípio, está proibido, porque frustra, sem proveito para o primeiro princípio, a vocação do segundo à máxima satisfação possível”¹⁸. A doutrina ressalta, no entanto, que o Poder Judiciário só poderá reprovar a escolha do meio feita pelo Executivo e Legislativo se ela se revelar *manifestamente inadequada*, pois caso contrário estaria exorbitando suas competências, em detrimento do princípio da separação de funções.¹⁹

Ao contrário, em se constatando que a medida é idônea para chegar ao destino ao qual foi tomada, nada mais há que se verificar sob a ótica do princípio da adequação.²⁰

Podem existir situações em que vários meios são possíveis para o atingimento da finalidade colimada. Trazendo a questão para mais perto do objeto de nossa indagação. Em certos casos, por exemplo, podem existir várias provas para a formação da convicção do julgador; nessa hipótese, todas elas serão adequadas²¹, pouco importando se dentre elas umas serão mais ou menos invasivas ou se foi mais ou menos contundentes. Essas questões deverão ser analisadas, por ocasião das máximas da necessidade e da proporcionalidade em

¹⁶ Por todos: STEINMETZ, W., *Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais*, p. 40; SANTOS, D. L. S., *O princípio da proporcionalidade, Os princípios da Constituição de 1988*, p. 363; BRANCO, P. G. G., Juízo de ponderação na jurisdição constitucional, p. 171-174; ÁVILA, H. B., *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 164, et. seq.. Vale pontuar que essa última referência faz uma abordagem rigorosa acerca do princípio da proporcionalidade, muito embora prefira o autor designar esse princípio de “postulado normativo”.

¹⁷ Em mesmo vetor: FREITAS, L. F. C., *Direitos fundamentais limites e restrições*, p. 209; BRIDA, N. A., *O princípio da proporcionalidade: fundamento constitucional e elementos de aplicação*.

¹⁸ BRANCO, P. G. G., op. cit., p. 172.

¹⁹ ÁVILA, H. B., op. cit., p. 172; BRANCO, P. G. G., op. cit., p. 172-173. Este último ressalta que basta que o meio possa *ajudar* o atingimento do fim, para que se tenha por satisfeita a máxima da adequação (p. 172). Robert Alexy também deixa entrever que também não é necessária a realização integral da finalidade, sustentada por um princípio, bastando simplesmente a que *fomente* (ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 119).

²⁰ BRIDA, N. A., op. cit.

²¹ A noção de liberdade probatória pressupõe essa constatação.

sentido estrito.

De toda forma, percebe-se, desde já, que algumas provas *ilícitas* sequer teriam a idoneidade de formar a certeza judicial – e.g. confissão obtida mediante tortura –, por conta da dúvida que rondaria a própria credibilidade do material probatório colhido mediante violência. Certamente, o teste da adequação afastaria por completo toda e qualquer prova ilícita que implicasse em constrição física ou psíquica do acusado, com vistas à revelação de uma informação, reconstituição de crime ou coisa do gênero.

O emblemático caso dos Irmãos Naves, por exemplo, foi marcado por uma sucessão de constrangimentos físicos e psíquicos que culminaram em confissões, depoimentos, dentre outras “provas”, que sustentaram a condenação considerada o maior erro judiciário desse país. “Provas” do “assassinato consumado do primo vivo”, não faltaram.²²

Até mesmo aqueles que admitem a utilização da técnica de ponderação em matéria de provas ilícitas, rechaçam qualquer hipótese de utilização da tortura como expediente para a obtenção de informações ou para compelir o acusado a “colaborar” com as investigações. Tal se dá, porque o princípio da dignidade humana, enquanto valor fundante da própria ordem normativa e da própria existência do Estado, conecta-se intimamente com o direito de não ser torturado.²³

Por fim, é importante lembrar que o juízo de adequação se liga às possibilidades fáticas de realização da norma-*princípio*.

4.2.2

O princípio da necessidade

A máxima da necessidade (ou princípio da necessidade), também

²² Cf. ALAMY FILHO, J., *O Caso dos Irmãos Naves: um erro judiciário*.

²³ Cf. FREITAS, L. F. C., *Direitos fundamentais: limites e restrições*, p. 209: “Nesse sentido, é lícito concluir que em sendo o princípio da dignidade humana portador de tal valor a ser preservado pelo ordenamento jurídico, a regra que estabelece o direito de não ser torturado nem sofrer tratamento desumano ou degradante está como princípio que orienta e dá razão de ser, permeada por aquele bem a ser preservado ao estabelecer específica e concretamente os comportamentos que não são tolerados por representarem ofensa à dignidade da pessoa humana. Destarte, tanto a circunstância que sua previsão não se dá sem reserva legal, quanto a intensidade de sua fundamentalidade material diretamente associada à dignidade humana, e, por fim, o fato de que vem vazada em norma do tipo regra, justificam a defesa da tese no sentido de que se construa o direito fundamental a não sofrer tortura nem tratamento desumano e degradante em exceção à restringibilidade dos direitos fundamentais.”

denominado de princípio da exigibilidade ou da indispensabilidade, determina que, dentre os meios adequados para atingir a finalidade desejada, se opte pelo menos gravoso, já que o princípio de menor peso deve ser realizado na maior medida possível. Nas palavras de Robert Alexy:

A constelação mais simples é caracterizada pela presença de apenas dois princípios e dois sujeitos de direito (Estado/cidadão). Ela tem a seguinte estrutura: o Estado fundamenta a persecução do objetivo Z com base no princípio P_1 (ou Z é simplesmente idêntica a P_1). Há pelo menos duas medidas M_1 e M_2 , para realizar ou fomentar Z , e ambas são igualmente adequadas. M_2 afeta menos intensamente que M_1 – ou simplesmente não afeta – a realização daquilo que uma norma de direito fundamental com estrutura de princípio – P_2 – exige. Sob sentido, P_1 não exige que se escolha M_1 em vez de M_2 , nem que se escolha M_2 em vez de M_1 . Para P_2 , no entanto, a escolha entre M_1 e M_2 não é indiferente. Na qualidade de princípio P_2 exige uma otimização tanto em relação às possibilidades fáticas quanto em relação às possibilidades jurídicas. No que diz respeito às possibilidades fáticas, P_2 pode ser realizado em maior medida se se escolhe M_2 em vez de M_1 . Por isso, sob o ponto de vista da otimização em relação às possibilidades fáticas e sob a condição de que tanto P_1 quanto P_2 sejam válidos, apenas M_2 é permitida e M_1 é proibida²⁴. (grifamos)

Caso existam, no campo das possibilidades fáticas, variados meios disponíveis para o atingimento de um determinado fim, o operador jurídico deverá rejeitar aqueles mais gravosos. Contudo, se engana aquele que pensa que os meios colocados a disposição pelo legislador esgotam as possibilidades de realização de um determinado fim, para Alexy a verificação do atendimento da máxima da necessidade “nem mesmo se parte dessa suposição”, ou seja, ele não descarta a possibilidade de existirem meios outros não postos a disposição pelo legislador.²⁵

Inegavelmente, essa constatação pode conduzir o operador jurídico a certas perplexidades, já que é possível verificar que, no caso concreto, o objetivo definido pelo legislador pode ser alcançado por meio que não foi colocado à disposição, mas que sacrifica menos o princípio de menor peso.

Por mais convidativo que seja a adoção desse meio não colocado à disposição, a fim de promover um menor sacrifício do princípio com o menor peso, deverá o operador jurídico, especialmente o magistrado, se limitar a escolher uma daquelas soluções postas à sua disposição (é claro que das piores, a melhor), sob pena de aniquilar qualquer proposta legislativa sobre a regulação dos meios. A opção atinente aos meios realizada pelo legislador, porque feita de modo

²⁴ ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 118-119.

²⁵ ALEXY, R., op. cit., p. 591.

abstrato e geral, não poderia ser aplicada perfeitamente a todos os casos concretos, mas a aceitação de um resultado menos que perfeito evita atropelos e abusos. Enfim, “nos protege da bondade dos outros”. Em mesma direção, a irretocável lição de Humberto Ávila:

O exame da igualdade de adequação dos meios envolve a comparação entre os efeitos da utilização dos meios alternativos e os efeitos do uso do meio adotado pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo. A dificuldade desse exame reside no fato de que os meios promovem os fins em vários aspectos (qualitativo, quantitativo, probabilístico). Um meio não é, de todos os pontos de vista, igual ao outro. Em alguma medida, e sob algum ponto de vista, os meios diferem entre si na promoção do fim. Uns promovem o fim mais rapidamente, outros mais vagarosamente; uns com menos dispêndios, outros com mais gastos; uns são mais certos, outros mais incertos; uns são mais simples, outros mais complexos; uns são mais fáceis, outros mais difíceis, e, assim, sucessivamente. Além disso, a distinção entre os meios será em alguns casos evidente; em outros, obscura. Por último, mas não por fim: alguns meios promovem mais o fim em exame, e também os com ele relacionados, enquanto outros meios promoverão em menor intensidade o fim em exame, mas com mais intensidade outros cuja promoção também é determinada pelo ordenamento jurídico.

Diante disso, surge a indagação: os meios devem ser comparados em *todos os aspectos*, ou em *alguns aspectos*? Se em *alguns aspectos*, então quais? A resposta essa deve ser buscada nos mesmos fundamentos antes referidos, especialmente no princípio da separação dos Poderes. Se fosse permitido ao Poder Judiciário anular a escolha do meio porque ele, em alguns aspectos e sob alguma perspectiva, não promove o fim da mesma forma que outros hipoteticamente aventados, a rigor nenhum meio resistiria ao controle da necessidade, pois sempre é possível imaginar, indutivamente e probabilisticamente, algum meio que promova, em algum aspecto e em alguma medida, melhor o fim do que aquele inicialmente adotado. Nesse sentido, deve-se respeitar a escolha da autoridade competente, afastando-se o meio se ele for manifestamente menos adequado que outro. Os princípios da legalidade e da separação dos Poderes o exigem.²⁶

Em mesma trilha, dispara Paulo Gustavo Gonet Branco:

O controle da necessidade traz consigo questões melindrosas de separação de poderes. A eleição do melhor meio para atingir uma finalidade constitui aspecto que se relaciona com opção de oportunidade e conveniência, de que o controle judicial tende a se apartar em deferência aos atores políticos. Cuida-se, novamente, aqui de avaliação de fatos e de políticas, mas o que se pretende é coarctar situações de clara arbitrariedade e abuso do poder. De toda sorte, a comparação admissível há de ser com outra opção correta, dotada da mesma efetividade, não sendo dada mera especulação em abstrato.

Acresce que o caráter intercambiável entre os meios cotejados depende também do custo de cada qual. Assim, o meio alternativo que se torna impraticável pelos seus custos não pode ser considerado para a estimativa própria do teste da necessidade. A medida não pode ser invalidada, tampouco, se a providência alternativa for mais benigna com o direito fundamental do afetado, mas vier interferir sobre outros

²⁶ ÁVILA, H. B., *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p.173.

interesses sociais ou direitos fundamentais de terceiros. Nesse caso, o problema passa a dizer respeito à decisão sobre quem deve suportar os custos sociais de uma decisão política, assunto que se reserva a quem detém legitimidade democrático-representativa, o legislador.²⁷

Parece ser também essa a opinião de Robert Alexy quando assevera que: “Do ponto de vista das possibilidades fáticas, uma ainda maior realização de P_2 é alcançada se nem M_1 e M_2 são levadas a cabo. O exame da necessidade permite apenas privilegiar M_2 em face de M_1 .”²⁸(grifamos).

Ainda que se parta da perspectiva de que o teste da necessidade terá como objeto duas ou mais medidas colocadas à disposição do operador jurídico pelo legislativo, o juízo de verificação do atendimento ao *princípio da exigibilidade* não é questão simples. Com efeito, essa questão só seria simples em dois casos: 1) se todos os meios atendessem de igual modo à finalidade, malgrado fossem uns mais restritivos ao princípio de menor peso, decidir-se-ia facilmente em favor daquele meio menos construtivo, ou; 2) se todos os meios restringissem em mesma medida o princípio de menor peso e atendessem em diferentes escalas à finalidade, por lógica, encampar-se-ia a medida que mais prestigiasse o fim.

Ocorre, porém, que os meios restringem de modo diferente o princípio de menor peso, e, também, realizam em medida diversa aquele princípio que tem relação de precedência (o fim)²⁹. A opção, por um ou outro, perpassa pelo exame da proporcionalidade em sentido estrito.

No entanto, antes de avançar na compreensão da terceira máxima parcial, importa tecermos algumas considerações acerca da *regra* que veda a utilização de provas ilícitas no processo.

Pois bem. A regra em questão exclui o meio - provas ilícitas – com vistas a alcançar um fim, a efetivação do instrumental garantista. Não pode, pois, o operador jurídico se valer de opção que não lhe foi dada, mesmo acreditando que a aplicação da norma revela um resultado imperfeito.

A tese de ponderação de utilização de provas ilícitas, com todo perdão aos que pensam de forma diversa, parte da visão míope de que o único fim da persecução criminal é a realização do comando punitivo. Certamente, a proscrição de utilização de provas ilícitas, vista desse ângulo, constitui barreira ao

²⁷ BRANCO, P. G. G., Juízo de ponderação na jurisdição constitucional, p. 175-176.

²⁸ ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 119 passim.

²⁹ ÁVILA, H. B., *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 174.

atingimento do instrumental punitivo.

No entanto, a solução aventada pelo ator da persecução criminal, desconsidera que, além do direito individual do acusado diretamente preterido pela ofensa à legalidade, resta também prejudicado o princípio da presunção de inocência e outros tantos, como os que estabelecem que compete ao legislador primeiramente sopesar sobre os meios a serem utilizados para a realização dos fins – da separação de funções - e de que as leis devem ser cumpridas (considerados por Alexy como princípios formais).

O curioso em relação àquele juízo *antigarantista* e utilitarista, é que o *constituente* deu aos operadores jurídicos, especialmente aqueles que lidam diretamente com a persecução penal, incontáveis meios lícitos para a realização do instrumental punitivo, excluindo apenas os meios ilícitos. Mas o fetichismo pelo “fruto proibido”, não lhes permite notar a infinidade de meios que lhes foram postos à disposição.

Em outro dizer: o juízo de ponderação, em matéria probatória, se cinge àqueles meios disponibilizados pelo legislador e não aos terminantemente excluídos. Demais disso, a nosso sentir, quem pondera *sempre* acerca dos meios que serão utilizados para convencer o julgador são as partes parciais do processo – acusador e acusado – e nunca o magistrado, sob pena de se admitir a figura do juiz inquisidor.

Ao depois, em relação à acusação, especialmente, nas ações penais públicas (porquanto entregue a sua condução à autoridade pública), importa insistir, no juízo de verificação da necessidade de se propor determinado meio de prova. Esse juízo de necessidade não tem sido observado.

Muitos consideram que a mera previsibilidade, em abstrato, de produção de determinado meio de prova é suficiente para a autoridade determinar a sua produção. No entanto, esse raciocínio talvez ultrapasse o teste da adequação, mas restará inviabilizado quando da verificação da máxima da necessidade.

Não é pelo simples fato de recair sobre alguém a suspeita do cometimento de determinada infração que contra ela poderá ser disparado um arsenal de medidas despropositadas e intrusivas. A desatenção à máxima da necessidade tem comprimido direitos fundamentais, pois, como vimos, a persecução em si é um ato restritivo de direitos fundamentais. O processo em si, com todos os constrangimentos que lhe são inerentes, não pode ser utilizado como pena, mesmo

porque o acusado é presumidamente inocente e como tal deve ser tratado.

De toda forma, para nós, a questão das provas ilícitas não se passa no plano dos princípios, mas na imponderável esfera das regras, é bom que isso fique bem claro.

4.2.3

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Após a constatação de que a medida eleita é apta ao atingimento da finalidade pretendida (princípio da adequação), e ela dentre as demais é a menos gravosa para o princípio de menor peso (princípio da necessidade), resta então proceder à análise do equilíbrio entre as vantagens e desvantagens da medida escolhida para o atingimento de determinado fim (proporcionalidade em sentido estrito).

Assim, o atendimento ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito se dá pela lógica do custo-benefício, vale dizer, a medida só será constitucional se as vantagens que ela lograr atingir forem superiores às desvantagens que deverão ser suportadas em razão da relação de precedência estabelecida.

A verificação da proporcionalidade em sentido estrito resulta na lei de colisão³⁰, pois para o alemão “quanto maior for o grau de não satisfação ou afetação de um princípio tanto maior terá de ser a importância da satisfação do outro.”³¹

Esse juízo de ponderação se desenvolve em três fases:

Na primeira fase, apura-se o peso do princípio que sofrerá recuo em face da medida adotada. Essa verificação se passa no plano abstrato e concreto: no primeiro, verifica-se o relevo do princípio na sistemática constitucional e na doutrina; no segundo, a apuração do peso no caso que se examina.

Na segunda fase, define-se a importância da satisfação do princípio contrário. Essa checagem segue os mesmos passos da primeira fase (em abstrato e em concreto), já que, na verdade, a primeira e a segunda fases são verso e averso do mesmo processo.

³⁰ ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 117.

³¹ *Ibid.*, loc. cit.

Na última etapa, procede-se à análise se a vantagem alcançada para o princípio em situação de precedência justifica o sacrifício para o princípio preterido.

A dosagem entre custo e benefício realizado no processo de ponderação é considerada subjetiva, por um setor da doutrina³². Nesse sentido, a crítica disparada por Humberto Ávila:

Trata-se, como se pode perceber, de um exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem, depende de uma avaliação fortemente subjetiva. Normalmente, um meio é adotado para atingir uma finalidade pública, relacionada ao interesse coletivo (proteção do meio ambiente, proteção dos consumidores), e sua adoção, como efeito colateral, restrição a direitos fundamentais.³³

Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, conquanto não descartem a possibilidade de utilização da ponderação, reconhecem que, no estado da arte, a técnica não ganhou grau desejável de objetividade, dando ensejo à ampla discricionariedade judicial³⁴. Discricionariedade, aliás, que “no seu grau máximo, presta-se ao papel de oferecer um rótulo para voluntarismos e soluções *ad hoc*, tanto bem-inspiradas como as nem tanto.”³⁵

Além desses inconvenientes, que deixam a segurança jurídica sempre no fio da navalha, considerar a norma que proscreve a utilização de provas ilícitas como um princípio – o que se admite apenas por amor à argumentação –, e, portanto, sujeita ao processo de sopesamento, revolveria problemas quanto à função dissuasória da norma (regra) em apreço.

Os efeitos extraprocessuais da chancela de provas ilícitas não convolam com os discursos do casuísmo ou da excepcionalidade. Essa visão é parcial, não emprestando qualquer utilidade para o todo.

É que as vantagens de se superar a regra em questão, em alguns casos, podem até ser divisadas e subjetivamente queridas, mas os prejuízos que poderiam advir de sua inobservância se projetam não só para o acusado, mas para além

³² BRIDA, N. A., *O princípio da proporcionalidade: fundamento constitucional e elementos de aplicação*; BARCELOS, A. P.; BARROSO, L. R., *O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*, p. 289; BRANCO, P. G. G., *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, p. 179.

³³ ÁVILA, H. B., *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 175.

³⁴ BARCELOS, A. P.; BARROSO, L. R., *op. cit.*, p. 291.

³⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, p. 290-291.

autos.³⁶

Com efeito, *a possibilidade de incidir uma prova ilícita se renova a cada investigação*, e a probabilidade da renovação da prática ilícita justificada pelo mesmo argumento caminhará contra a própria força normativa da Constituição. Não nego, porém, que em determinados casos o impulso em se colher o *fruto proibido* é mesmo uma *tentação*, mas é justamente em casos tais que o Direito deve tolher esses impulsos.

Tenho que a regra que veda a utilização de provas ilícitas suporta o peso em se colher eventualmente injustiças, absolvendo-se um “culpado”; mas preservando-se *indistintamente* todos os que poderão em algum momento ser processados.

Também considero ser absolutamente acertada a postura firme do Supremo Tribunal Federal em não permitir o recurso ao expediente de ponderação de provas ilícitas, mesmo que em casos concretos. Isso porque o aval da mais alta Corte do país na utilização da técnica da ponderação em matéria de provas ilícitas, mesmo em casos excepcionais, teria o condão de abrir margens para que outros magistrados também fizessem uso de tal expediente em casos, digamos, não tão excepcionais assim.

O perigoso precedente certamente lograria em colher vantagens em alguns casos, porém adviria por força desse mesmo precedente o fomento a comportamentos incorretos e indesejados, de modo que as vantagens divisadas de início não superam as desvantagens quando da análise do todo.³⁷

³⁶ Maria Garcia assevera que: “a função criadora de Direito dos Tribunais não fica adstrita aos autos ou ao recinto dos próprios tribunais mas envolve toda a sociedade: trata-se do ordenamento jurídico, como um sistema que inclui a Constituição e as normas, Estado e Sociedade, Tribunais e pessoas – sistema e seus sub-sistemas, compondo um todo que se quer ordenado. Assim, a repercussão social é inevitável e o caráter, sobretudo educativo, que molda a norma, a decisão judicial e a pena envolvem toda a sociedade: escapam dos autos para repercutir, positiva ou negativamente, perante todos os cidadãos comuns de todas as idades, de toda classe social.” (GARCIA, M., *Opinião Pública e a interpretação da Constituição*, p. 60).

³⁷ No mesmo sentido se posiciona Noel Struchiner: “No primeiro caso, acreditamos que os juízes, fazendo uso de um raciocínio instrumentalista e particularista, tomam mais decisões erradas nos casos concretos que decidem do que se tivessem observado o significado determinado do direito. Em outras palavras, o desvio sistemático do significado das regras jurídicas para poder realizar certas finalidades ou propósitos diretamente, acaba afastando o juiz da própria concretização dos propósitos perseguidos, porque ele não possui a capacidade para fazer os cálculos decisórios necessários. Conseqüentemente, o juiz acaba tomando decisões piores, quando medidas à luz dos próprios propósitos almejados, do que teria alcançado se tivesse atuado de uma forma não instrumentalista. Se o cenário é pintado desta forma, se temos boas razões para acreditar que os juízes (ou outros agentes decisórios) vão errar nas suas decisões sobre casos concretos de forma sistemática quando recorrem a raciocínios instrumentalistas, então temos boas razões para querer evitar que os mesmos se sintam à vontade para utilizá-los. No segundo caso, o desvio sistemático

As decisões tomadas pelo Poder Judiciário não se restringem nunca ao caso concreto, pois não há negar a sua influência sobre a sociedade civil em geral.

Dadas as infundáveis variantes que poderiam incidir nessa análise de custo-benefício é, absolutamente, impraticável a formação de qualquer prognóstico³⁸ das implicações que poderiam advir de concessões à tese da admissibilidade das provas ilícitas, mesmo que mitigada. Nosso passado recente (nossa tradição) não nos aconselha a correr riscos.

Se ponderar consiste na verificação de custo-benefício, por lógica, deve haver precisão no que concerne ao custo e, de igual forma, no que concerne ao benefício, na indefinição de um ou outro fator a equação é impossível de ser resolvida.

Enfim, a falta de prognóstico acerca da certificação da equação custo-benefício é ponto que milita a favor da prevalência da norma constitucional que proscree a utilização de provas ilícitas, *sem qualquer tipo de flexibilização*. Flexibilizar o que o constituinte desejou ser rígido é, além de ofensa à Constituição, uma aventura inconseqüente rumo a um Direito sem qualquer lampejo de racionalidade.

Repito, andou bem a Constituição em disciplinar o tema provas ilícitas sob o modelo normativo do tipo regra, dispensando inconvenientes que poderiam aviltar ainda mais os direitos do acusado diante da fúria desmedida que poderia impelir a *persecução criminal*. Enfim, para que nossos direitos sejam respeitados, é necessário também respeitar os direitos dos outros, mesmo quando temos sérias razões para acreditar que eles não os mereçam.

do significado do texto normativo por parte de um juiz ou grupo de juízes (ou outros agentes responsáveis pela tomada de decisões jurídicas) pode não produzir resultados errados ou subótimos para certos casos concretos, mas pode induzir outros agentes decisórios a cometerem erros. Este argumento está relacionado aos efeitos sistêmicos causados pelo desvio sistemático, sejam eles efeitos sistêmicos de adaptação ou efeitos sistêmicos miméticos (Brand-Ballard, 2005, p. 11-13). É importante enfatizar que o problema aqui não é o erro causado pelo juiz desviante, que pode até acertar no caso concreto ao afastar o significado imediato do direito por razões instrumentalistas, mas o fato de que o reconhecimento de seu desvio por outros agentes pode engendrar comportamentos indesejados dos mesmos em larga escala. Aqui, é a grande quantidade de erros cometidos por outros agentes que interessa para chegar à conclusão de que os responsáveis pela tomada de decisões jurídicas não deveriam estar agindo de maneira instrumentalista.”. (STRUCHINER, N., *Indeterminação e Objetividade. Quando o Direito diz o que Não Queremos Ouvir*)

³⁸ Sobre a necessidade de se apurar o prognóstico do desvio, confira-se: BARCELOS, A. P.; BARROSO, L. R., *O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*, p. 294; ÁVILA, H. B., *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 115 et. seq.; STRUCHINER, N., loc. cit.

4.3

A questão da prova ilícita *pro reo*: princípio da proporcionalidade?

4.3.1

Noções gerais

Antes de tudo, lembre-se que o acusado não tem o dever de provar que é inocente, porque em seu favor milita a presunção de não culpabilidade; cabe à acusação, isso sim, elidir tal presunção.

O acusado ingressa na relação processual inocente e dela sairá como tal - ainda que nada faça - caso o acusador não logre convencer o julgador, com provas robustas, da culpa do processado.

Essa observação preliminar parece ser mesmo indispensável, porque ao tratar do tema das provas ilícitas *pro reo*, a doutrina deixa a impressão equivocada de que o acusado deve provar a sua inocência e que esta prova apenas a ele interessa. Nada mais absurdo segundo o modelo constitucional de processo penal. Sobre as balizas de um Estado Democrático de Direito, a condenação de um inocente não é interesse de ninguém, motivo pelo qual a prova da inocência do acusado importa, inclusive, para os atores processuais ligados à persecução criminal.

A prova ilícita *pro reo* só tem lugar naqueles casos em que o próprio acusado, para evitar os riscos e os constrangimentos da persecução, se antecipa à acusação, trazendo aos autos provas ilícitas de sua inocência, ou quando a acusação já tenha cuidado de produzir provas aparentemente indicando a culpa do acusado e a prova ilícita, introduzida pela defesa, desautorize o conjunto probatório colhido pela acusação.

A questão que se põe é: como justificar a condenação do acusado quando há nos autos prova inconcussa de sua inocência, mesmo que ela tenha sido havida por meios ilícitos? Condena-se o acusado e livra-se o culpado, porque a prova é ilícita? A não admissão da prova ilícita contrastaria com a mais elementar formulação de justiça, visto não harmonizar com qualquer concepção de Estado Democrático de Direito a condenação de um inocente.

Não há razão que autorize um magistrado a condenar alguém que acredita ser inocente. Só isso já bastaria para a absolvição ou para viabilizar a admissão da prova ilícita em socorro do acusado no processo, sem que isso negue qualquer valor constitucional, e, como veremos mais adiante, a regra constitucional que proíbe a utilização de provas ilícitas. De igual maneira, o Estado tem interesse em absolver o acusado e evitar a impunidade do *verdadeiro culpado*.³⁹

Não admitir a prova ilícita em benefício do acusado significaria sacrificar todo o modelo constitucional do processo, erigido justamente para protegê-lo contra arbitrárias investidas por parte do Estado ou de terceiros. Tamanho paradoxo rejeita a proposta de racionalidade dos direitos fundamentais e do próprio Direito.

4.3.2

Da fundamentação

Há certamente no drama do processo penal uma distensão entre o instrumental punitivo e o garantista, não obstante tenha o constituinte inclinado pelo valor liberdade, por razões que chegam a ser intuitivas. O próprio modelo constitucional do processo é estruturado para proteger o acusado, não por amor à impunidade, mas para *tentar* minimizar o desequilíbrio de uma relação processual marcada pela superioridade do Estado em relação ao acusado.

O Estado arregimenta vários agentes em torno da persecução, despense parcela considerável do orçamento com o pessoal, com os recursos e técnicas de repressão no combate à criminalidade, e é bom que seja assim. O Estado dispõe de técnicas próprias de investigação e conta, na linha de frente da *persecutio criminis*, com autoridades públicas dotadas do mais alto prestígio na estrutura estatal (MP e Delegados). Do outro lado, o acusado, um simples cidadão, geralmente de poucos recursos, que deverá enfrentar o *titã* na relação jurídica processual. Suas possibilidades probatórias são infinitas vezes menores⁴⁰. O

³⁹ DUCLERC, E., *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*, p. 153.

⁴⁰ Alertando acerca de disparidade entre acusação e defesa, no terreno das provas ilícitas: FIORI, A. T., *A prova e a intervenção corporal: sua valoração no processo Penal*, p. 103: “Ademais, a defesa não possui meios nem estrutura para obter a prova por meios ilícitos, são raros os casos em

desequilíbrio deve mesmo ser compensado por meio de garantias.

Tudo isso considerado, ingresso no problema da justificação da utilização de provas ilícitas em favor do acusado, pontuando que o direito de não ser sentenciado e nem processado com base em provas ilícitas é uma garantia em socorro do acusado, com vistas a equilibrar os pratos da balança.

De antemão, esclareço que a possibilidade de ingresso de provas ilícitas no processo em benefício do acusado é admitida pela maciça doutrina e pela jurisprudência, em que pesem as oscilações entre os fundamentos para se chegar a tal conclusão.

A meu sentir, a conclusão praticamente unânime é acertada, muito embora discorde dos caminhos perfilhados pela doutrina e pela jurisprudência para chegar a ela.

Se tudo ficou bem claro até aqui, algumas conclusões parciais são possíveis e permitirão melhor justificar a possibilidade de utilização de provas ilícitas *pro reo*. Enfim, acredito ser possível sustentar tal possibilidade sem incorrer em contradição com as seguintes teses: 1) a norma que proscreeve a utilização de provas ilícitas no processo é uma *regra*, e como tal sua consequência só pode ser subtraída por outra *regra* de exclusão; 2) a regra de exclusão deve ser explícita (segundo o sistema por nós endossado), e em se tratando da norma que veda a utilização de provas ilícitas, a regra constitucional foi feita *sem reservas*, ou seja, a Constituição não excepcionou e não deu margens para que o legislador infraconstitucional o fizesse; e, 3) *as regras não podem ser flexibilizadas* com base no princípio da proporcionalidade.

Fixadas essas premissas, longamente defendidas nesse trabalho, passemos aos argumentos trazidos pela doutrina e pela jurisprudência para a admissão da prova ilícita *pro reo*.

Um primeiro setor da doutrina fundamenta tal possibilidade com espeque no princípio da proporcionalidade, pois segundo os adeptos desse entendimento seria desarrazoado impedir o réu de provar a sua inocência com base em uma prova

que foi verificada essa situação, o que não é verdadeiro em relação à acusação, uma vez que essa prática é rotineira na atividade policial.” Em mesmo sentido Antônio Magalhães Gomes Filho, citado por André Luiz Nicolitt: “(...) outrossim, pelo menos na experiência brasileira, raros e excepcionais são os casos em que a defesa serve de meios ilícitos para obtenção de provas, ao passo que essa mesma prática é sabidamente rotineira na atividade policial.” (GOMES FILHO, A. M., *Direito à Prova no Processo Penal*, p. 106-107 (apud) NICOLITT, A. L., *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e Processo Penal*, p. 99)

ilícita. A interpretação literal levaria o juiz a proferir veredictos injustos. Assim, segundo essa linha de entendimento, o princípio da ampla defesa, da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade humana socorreriam o acusado que poderia ser injustamente condenado, muito embora tivesse condições de provar a sua inocência com base em uma prova, ainda que ilícita.

Nesse conflito entre direitos e valores contrapostos, a verificação de que a Constituição dá primazia ao direito à liberdade em relação ao direito de acusar, justificaria a superação da norma que veda a possibilidade da utilização de provas ilícitas. Tal posição é incisiva em afirmar que o direito à intimidade, à vida privada, à honra ou qualquer outro direito fundamental não são absolutos, pelo que a proteção dos direitos fundamentais deverá ser analisada dentro do contexto geral das liberdades públicas⁴¹. Nesse sentido, a lição de Fábio Aguiar Munhoz Soares:

O princípio da proporcionalidade, como regra de interpretação e aplicação do direito, em matéria criminal, quanto à admissibilidade da prova ilícita no processo, dê que em favor do réu (*pro reo*), é aceito de forma unânime, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, o que é justificado pelo fato de ser o direito à defesa garantia constitucional e visto de forma prioritária no processo penal, não se mostrando, todavia, aceita a idéia segundo a qual seria também legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade.⁴²

A sustentação da utilização da prova ilícita em favor do acusado com respaldo no princípio da proporcionalidade encontra alguns inconvenientes. A uma: porque admitir tal juízo seria, por vias transversas, infirmar a natureza de *regra* da norma constitucional que veda sua utilização (contrariaria a premissa 3), ou seja, para que a questão fosse tratada no âmbito da proporcionalidade haveria que se estar falando de um *princípio*, segundo o critério de distinção forte, o que não é o caso. A duas: ao se permitir o sopesamento, *in concreto*, dos valores em conflito acabar-se-ia por justificar a adoção da prova ilícita contra o acusado, negando por completo a *ratio* de sua existência. Por conta, principalmente, dessas duas razões, a proporcionalidade não é a via adequada para justificar a admissão da prova ilícita, ainda que em benefício do réu.

Outro setor da doutrina, busca nas excludentes da ilicitude o fundamento

⁴¹ MENDONÇA, R. P. A., *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*, p. 57.

⁴² SOARES, F. A. M., *Prova ilícita no processo*, p. 60.

para o ingresso de tais provas no processo, em favor da defesa. Para os defensores dessa corrente, o probatório colhido ilicitamente pelo próprio acusado para se safar de condenação injusta e iminente deve ser admitido no processo, eis que a condenação é sacrifício que não se pode exigir do acusado. Dessa forma, o estado de necessidade (para uns, a legítima defesa) daria cabo de excluir a ilicitude da prova, convertendo-a em lícita (*teoria da descontaminação*) e, portanto, servível para fins processuais. A tese, nas palavras de Roberto Prado Vasconcelos, citado por Raimundo Amorim de Castro:

(...) uma solução para atenuar a aparente rigidez da norma que proíbe o uso de provas ilícitas no processo poderia ser tentada com a aplicação do chamado “estado de necessidade”. Sabe-se que as excludentes de ilicitude, dentro da teoria do delito, não irradiam seus efeitos apenas no Direito Penal, mas em todo o ordenamento jurídico. Desta forma, quando a ilicitude de um ato é excluída, ao contrário do que sucede com outras categorias do crime (tais como a exclusão da punibilidade), eliminam-se todos os efeitos que este ato poderia produzir em juízo, tais como a indenização no cível.⁴³

A tese da excludente de ilicitude não ofende a premissa de que a norma que veda a utilização de provas ilícitas se trata de uma regra (premissa 1), já que a excludente de ilicitude nada mais é do que uma regra de exceção. No entanto, essa última constatação nega a premissa 2, a qual reclama que a cláusula de exceção à regra seja diretamente feita pela Constituição ou por ela autorizada, o que terminantemente não é o caso da regra que repudia as provas ilícitas, já que foi erigida *sem reservas*.

O perigo, em se admitir a criação de hipótese de exceção em normas-regras de direitos fundamentais criadas sem reservas, é deixar margem para que o *legislador* infraconstitucional esvazie completamente a regra constitucional criando exceções que frustrem o próprio significado do direito fundamental. Nada impediria, por exemplo, que legislador infraconstitucional criasse uma exceção à norma constitucional, quando o crime em apuração fosse por ele considerado grave ou segundo outro critério que reputasse lícito.

Prefiro ser taxado como insistente ou redundante a pecar por falta de clareza: as restrições às normas, do tipo regra, de direitos fundamentais devem ser taxativas, não se podendo, portanto, inferir exceções consubstanciada em regras não ditas ou princípios indolentes – porque servem a qualquer senhor. A falta de

⁴³ VASCONCELOS, R. P., *Provas ilícitas*, p. 466-467 (apud) CASTRO, R. A. *Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas*, p. 132-133.

reservas da regra constitucional em apreço é nota incontestemente de que a criação de cláusulas de exceção não foi desejada pelo constituinte.

A tese da exclusão de ilicitude é sedutora, porém, a regra de exceção não dita ou autorizada inviabiliza a sua sustentação. Desse modo, o intérprete que ingenuamente caísse em sua grãa teria poucos fundamentos para repudiar outras exceções que poderiam ser criadas pelo legislador infraconstitucional, em especial aquelas orientadas pela gravidade da imputação, de forma a violar não só a vedação de utilização de provas ilícitas, mas também o princípio da presunção de inocência. Ou seja, sempre que recaísse sobre alguém a mera suspeita do cometimento de uma infração grave, as exceções havidas por obra do legislador ordinário seriam invocadas, em detrimento de postulados elementares do modelo constitucional do processo penal.

A prova ilícita produzida pelo acusado não deixa de ser prova ilícita, ou melhor: uma prova ilícita, não deixa de ser ilícita de acordo com quem a introduz no processo; a nódoa da ilicitude não se dissipa.

Acreditamos que existe uma outra via para justificar a utilização de provas ilícitas em favor do acusado sem contrariar aquelas premissas, malgrado nosso posicionamento em relação à matéria se distancie, e muito, do que há na doutrina e na jurisprudência para justificar tal empreitada.

Pois bem. A norma que veda a utilização de provas ilícitas no processo é uma garantia, ou melhor, é um *direito de defesa*⁴⁴. Vale dizer: o acusado tem o direito de não ser processado e nem sentenciado com base em provas obtidas por meios ilícitos. Essa garantia se destina à proteção do acusado. Nessa ordem de idéias, toda vez que o acusado se vir diante de uma pretensão lastreada em provas que violam o ordenamento jurídico, automaticamente a garantia em questão é acionada em sua proteção. A finalidade de um direito de defesa é proteger o seu titular contra investidas do Estado e de terceiros, portanto, é sob esse propósito que deve ser aplicada a norma, sob pena de se contrariar os fins que justificaram a sua criação.

Portanto, é justamente por ser a vedação de utilização de provas ilícitas uma garantia (direito de proteção) criada em favor do acusado que faz com que ela não possa ser utilizada para lhe prejudicar.

⁴⁴ Cf. ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 193 et. seq..

Veja-se, portanto, que a possibilidade de utilização de provas ilícitas *pro reo* é admitida, sem que se valha de expedientes externos à norma ou de mirabolantes justificativas que mais expõem os direitos fundamentais do que os protege.

Interpretar a norma de *direito fundamental individual* de modo a direcioná-la ao Estado, constitui maquinação tendente a inverter a ideologia do discurso garantista.

Alexandre Bizzotto, em obra dedicada ao tema da inversão do discurso garantista, pontua que a subversão do garantismo, por interpretação reversiva, cria instrumentos para atacar concretamente os direitos das pessoas, esvaziando por completo a função protetiva dos direitos fundamentais. Para ele, com apoio nas lições de Franz J. Hinkelammert, a apropriação das garantias por parte do Estado dissolvem os direitos fundamentais.⁴⁵

Assim, se a prova ilícita produzida pelo acusado, para ser introduzida no processo, não precisa ser decantada pelo princípio da proporcionalidade e nem convalidada pela causa excludente de ilicitude (*teoria da descontaminação*), permanecendo, pois ilícita, uma curiosa hipótese pode ocorrer. O acusado se vale de uma prova ilícita para demonstrar a sua inocência, poderia essa mesma prova ser utilizada para punir terceiros?⁴⁶ Não. Explico. Quando o acusado primevo se valeu da prova ilícita não havia obstáculos para a sua introdução no processo, pois, como visto, uma garantia individual não pode ser utilizada para prejudicar o seu titular. No entanto, o terceiro ao ser processado com base naquele probatório ilícito teria acionada, em seu favor, a garantia que veda a utilização daquelas provas. Admitimos, contudo, que aqueles elementos (provas ilícitas) possam ser utilizados como supedâneo de *notitia criminis* (mas nunca como prova), ensejando novas investigações. Creio que a solução aventada é a que melhor empresta sentido à norma em apreço. Os custos marginais eventualmente existentes já foram sopesados pelo constituinte, como veremos em seguida.

Uma última observação parece pertinente. A *prova ilícita*, ainda que introduzida nos autos pelo acusado, *não poderá ser colocada em pedestal*, ou seja, a sua existência não é garantia de absolvição. Ela como todo elemento de convicção é relativo, uma vez que não há hierarquia entre as provas. O valor da

⁴⁵ BIZZOTTO, A., *A inversão ideológica do discurso garantista*, p. 124 et. seq..

⁴⁶ A indagação foi elaborada por Aury Lopes Jr. (LOPES JR, A., *Processo Penal e sua conformidade constitucional*, v. 1, p. 589), que muito embora tenha chegado à mesma conclusão caminhou por outras quadras.

prova ilícita *pro reo* deve ser averiguado no cotejo com as demais provas.

4.4

A questão da prova ilícita *pro societate*

4.4.1

Noções gerais

Embora exista alguma cizânia quanto ao fundamento justificante da utilização das provas ilícitas em favor do acusado, sua admissão no processo penal não encontra maiores inconvenientes. O mesmo não pode ser dito em relação à admissibilidade da prova ilícita contra o acusado (as chamadas provas ilícitas *pro societate*).

Tendo em vista a inexistência de reserva legal na norma constitucional que proscreeve a utilização de provas ilícitas, a questão da utilização de probatório viciado *pro societate* é remetida automaticamente aos meandros da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Não restam dúvidas de que os debates travados acerca dessa específica problemática (provas ilícitas *pro societate*) são dos mais interessantes e ricos. Diga-se, porém, que a vivíssima discussão doutrinária não tem tido melhor sorte no campo jurisprudencial.

O Supremo Tribunal Federal (ainda) tem se conservado firme no sentido de inadmitir a prova ilícita para amparar as pretensões punitivas; postura que tem desafiado duríssimas críticas, até mesmo em razão do eco produzido na doutrina em prol da utilização das provas ilícitas, segundo as diretrizes da ponderação de interesses.

Sustentei que a norma que veda a utilização de provas ilícitas no processo é uma *regra* e, como tal, as conseqüências por ela ditadas devem se seguir. A tese da ponderação de interesses nega a estrutura de regra da norma constitucional, enveredando-se em terreno perigoso que coloca os direitos fundamentais em constante risco.

Realmente, a tradição brasileira em tema de proteção de direitos

fundamentais, especialmente daqueles colocados à disposição do cidadão processado pela prática de uma infração penal, estão a indicar que tratar as garantias constitucionais com rigidez é a via idônea à proteção da pessoa humana contra arbítrios desmedidos, até mesmo porque a recente experiência da ditadura não pode ser apagada da memória.

A efetivação do projeto constitucional de proteção à pessoa humana, passa pela preocupação de amparar o homem processado – é a isso que se presta o modelo constitucional de processo. A diversidade de temas circunscritos à dinâmica da persecução processual penal tratados diretamente pelo constituinte traduz o reconhecimento da posição de debilidade da pessoa humana submetida às iras do processo penal. O reconhecimento desse sistema protetivo deve ser prestigiado e a força normativa da Constituição quanto aos temas ali tratados não poderá ser desconsiderada. Nenhuma construção teórica poderá reduzir os direitos e garantias fundamentais a um sistema volátil, constituído de promessas vazias. De igual modo, uma prática judicial responsável não pode ceder às tentações imediatistas desse sistema descomprometido com os valores constitucionais.

Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade tem sido utilizado como instrumento de inversão do discurso garantista, convertendo-se em ferramenta a serviço do punitivismo, olvidando-se de que em sede persecutória o valor liberdade deve imperar. O princípio da proporcionalidade não pode ser tido como democrático, quando inverte os sinais das regras constitucionais, convertendo o *tudo*, que a Constituição quis, em *nada*.

A vedação de utilização de provas ilícitas é uma conquista histórica destinada a refrear o arbítrio do Estado e a garantir ao cidadão submetido a um processo a efetivação de seus direitos fundamentais. A norma é uma garantia de que o Estado encontrará limites em seu atuar.

É verdade que o crime é um desvio grave de conduta que vulnera valores constitucionalmente defensáveis, mas a negação dos direitos individuais por parte do Estado também o é.

A admissão das provas ilícitas em favor da acusação é tributo à ilegalidade e certamente não é pela contramão que se colherá uma eficaz repressão à criminalidade. A ilegalidade que gera ilegalidade é ciclo que destrói o Estado Democrático de Direito, que aniquila a pessoa humana.

Desse modo, qualquer finalidade estatal deve ser havida dentro da

legalidade, porque os fins não justificam os meios.

O Estado Democrático de Direito é o Estado dos fins e também dos meios.

Konrad Hesse em belíssima passagem registra:

Aquilo que é identificado como vontade da constituição “deve ser honestamente preservado, mesmo que para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”. Aquele, que, ao contrário não se dispõe a esse sacrifício, “malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçando, não mais será recuperado”.⁴⁷

Estamos convencidos de que o princípio da proporcionalidade em tema de vedação de provas ilícitas não é panacéia para o mal da criminalidade. No entanto, por amor à argumentação, tentaremos enfrentar os principais argumentos utilizados pelos adeptos daquela tese.

4.4.2

O argumento da relatividade dos direitos fundamentais e da justiça do caso concreto

Segundo esses argumentos a vedação de utilização de provas ilícitas de forma irrestrita permitiria que outros direitos fundamentais de igual hierarquia ficassem à subordinação perene, contribuindo para a prolação de sentenças injustas diante das situações concretas.⁴⁸

Nessa linha, os direitos fundamentais são relativos e, portanto, o princípio da proporcionalidade abriria as portas para a realização de um juízo de ponderação, quando a garantia da vedação de utilização de provas ilícitas se chocasse com outros valores constitucionais que, no caso concreto, estivessem em uma posição de precedência.

O argumento da relatividade dos direitos fundamentais a justificar o ingresso da prova ilícita *pro societate* é, no fundo, um argumento de princípio, ou seja, os direitos e garantias fundamentais se operam como mandamentos de otimização que devem ser acomodados da melhor maneira possível no caso

⁴⁷ HESSE, K., *A força normativa da Constituição*, p. 22.

⁴⁸ MENDONÇA, R. P. A., *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*, p. 74.

concreto, de forma a viabilizar a justiça da decisão.

Dessa forma, a superação da garantia seria possível toda vez que o atendimento das máximas parciais da proporcionalidade indicassem que no caso concreto, o mais justo seria se valer da prova ilícita que culpasse o acusado. A relativização da garantia seria solução ética e justa, ao contrário daquela que acabaria por consagrar a impunidade de um criminoso ou uma imoralidade que contrastaria com valores sociais.

Nas mãos do magistrado estaria o poder de decidir entre a regra que veda a utilização de provas ilícitas e a outra norma que, eventualmente, com ela contrastasse. O princípio da proporcionalidade seria, nessa linha, medida indispensável para assegurar a coexistência de outros direitos fundamentais.

Em que pese o viço do argumento, não vejo, porém, a questão nesses termos. É que a discussão revolve pontos assaz discutidos ao longo do trabalho, que merecem ser retomados.

Vejam: a afirmação de que os direitos fundamentais são sempre relativos e, portanto devem ser sempre sopesados não é indene de críticas, e a meu sentir, também não é correta.

As normas de direitos fundamentais são normas jurídicas, de modo que como toda norma jurídica, ou tem estrutura de regra ou de princípio. A afirmação, que é quase um lugar comum, de que os direitos fundamentais são sempre relativos, parte da premissa de que todo direito fundamental é positivado pela via de princípios, o que não é verdadeiro. Muito embora a maioria deles assumam a estrutura de princípio, isso não nega que eventualmente alguns deles possam ser positivados na forma de regras, jungidas de toda a rigidez que lhes é inerente.

A doutrina e a jurisprudência têm idolatrado os princípios, postura que relativiza tudo, convertendo o Direito em terreno pantanoso; nesse ambiente não há lugar para a segurança jurídica e para a própria força normativa da Constituição.

Os direitos fundamentais só são relativos quando a Constituição não tenha tomado partido por qualquer deles, criando regra que os protegesse no caso de colisão com outros direitos fundamentais; proteção essa que, antes de ser favor ao acusado ou indolência com a impunidade, é projeção de um plano maior de dignificação de toda e qualquer pessoa humana que possa ser alvo da persecução penal.

O ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau em brilhante voto proferido no HC 95.009-4/SP pontuou:

(...) a banalização dos ‘princípios’ (entre aspas) da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um ‘princípio’ superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que a proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito. No caso que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual ‘não há direitos absolutos.’ E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta para arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos.

Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos nós, a pretexto da ‘necessária atividade persecutória do Estado’, a ‘supremacia do interesse público sobre o individual’. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo – não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente – não tem lugar em material penal e processual penal. Essa Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro ILMAR GALVÃO) que a interpretação sistemática da Constituição ‘leva a conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar’. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie.⁴⁹

A vedação de utilização de provas ilícitas enquanto questão normativa foi alvo de juízo de ponderação; *ponderação feita pelo constituinte*. Essa decisão não cabe ser questionada, até mesmo porque seria paradoxal que o próprio Estado relativizasse uma barreira colocada justamente para refreá-lo.

Ao garantir o banimento de provas ilícitas do processo o constituinte, mais do que retirar dos poderes constituídos a possibilidade de fazer adições morais àquela norma, optou pela segurança jurídica e pela ética da atuação de seus agentes. Ainda que se acredite, segundo um juízo subjetivo e desautorizado pela Constituição, na culpa de um agente pelo cometimento de uma infração penal, ainda que grave, o Estado não tem carta branca para atropelar direitos e garantias individuais. Um erro não justifica outro. O crime enquanto transgressão ao ordenamento jurídico é um mal, e o mal não pode ser combatido pelo mal. O

⁴⁹ HC 95009, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241, p. 19-12-2008. O brilhante voto foi também reproduzido na obra do Prof. Aury Lopes Jr. (LOPES JR, A., *Processo Penal e sua conformidade constitucional*, v. 1, p. 14-15).

Estado Democrático de Direito tem seus custos e não se move por vingança.

Eventuais injustiças que possam surgir na aplicação da norma já foram sopesadas pelo constituinte. O constituinte assimilou aquele risco em prol da preservação dos direitos fundamentais como um todo, e de todos. Repito: essa decisão por estabelecer uma regra de tamanha envergadura e permeada de dilemas morais tão complexos, não precisa ser chancelada por nenhum dos poderes constituídos e nem por eles pode ser revista ou questionada.

A positivação do direito por regras serve para diminuir dilemas morais com a aplicação da norma. Assim, o constituinte preferiu as regras aos princípios ao tratar da pena de morte, da coisa julgada, da extradição, das prisões processuais, da vedação de tortura e da vedação de utilização de provas ilícitas. Nesses assuntos, não existem meios termos, ou é tudo ou é nada.

Não há lugar para proporcionalidade, porquanto as possibilidades jurídicas e fáticas já foram sopesadas; os efeitos marginais dessas decisões foram considerados. É antidemocrático insistir no discurso de ponderação de interesses em matéria de *regras* versando sobre direitos fundamentais.

Nem ao magistrado, nem aos agentes da persecução penal, nem ao legislador, ou a qualquer outro servidor público ou agente político, por mais nobre que seja a sua função, caberá substituir a vontade da Constituição por suas convicções pessoais.

A vedação de utilização de provas ilícitas é uma garantia fundamental indisponível que coloca o processo como palco de realização ética das pretensões que lhe são entregues. Nesse palco, os direitos fundamentais, especialmente os positivados por regras, não são conduzidos sobre os ventos da opinião pública e nem tampouco sobre a discricionariedade do magistrado.

Ao magistrado, guardião do modelo constitucional do processo, cabe aplicar o Direito, dentro dos limites previamente estabelecidos pela Constituição, ainda que certas decisões sejam malvistas pela opinião pública ou por maiorias ocasionais⁵⁰. O compromisso do magistrado é antes de tudo um compromisso com

⁵⁰ Nesse sentido, o trecho do voto do Min. Eros Grau, no HC HC 95.009-4/SP: “ÉTICA JUDICIAL, NEUTRALIDADE, INDEPENDÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO JUIZ. A neutralidade impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. A independência é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo --- quando o exijam a Constituição e a lei --- mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A

a Constituição, e nisso não há nada de antidemocrático. Não é da comoção pública que se tem o Direito ou se brota a justiça, mas das deliberações feitas nas instâncias representativas próprias.

4.4.3

O argumento da supremacia do interesse público social sobre o particular

Sustenta-se que o direito à segurança pública, elevado à categoria de direito fundamental, deve ser cotejado quando em conflito com as garantias individuais do cidadão processado, de modo que no confronto entre coletivo x individual, aquele há de prevalecer, já que o Direito não pode ser pensado de modo egoísta, capaz de deixar a coletividade à mercê do interesse individual. Dessa maneira, a segurança pública - verdadeiro direito fundamental difuso - tem relação de precedência sobre os direitos individuais, o que justifica o sacrifício da garantia individual de vedação de utilização de provas ilícitas em favor da coletividade, ou melhor, da sociedade. O discurso é temperado com o argumento de que os direitos e garantias fundamentais não podem ser utilizados como escudo para práticas ilícitas⁵¹. Nesse sentido, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna:

A se continuar trabalhando com uma obediência cega em relação a alguns princípios e garantias processuais individuais, típicos de um pensamento de um Estado puramente liberal e individualista, haverá sério risco para a efetividade da justiça criminal, com o comprometimento dos direitos sociais da coletividade. Logo, não há como não se admitir que tais princípios, em situações limites, possam ser afastados, pois a sua obediência sem concessões, de forma radical – tão comum entre os que se intitulam garantistas -, acaba causando enorme impunidade, o que, sem sombra de dúvida, configura um dos fatores que contribui para a atual “crise da justiça criminal”, e que no fundo acarreta uma ameaça ao Estado de Direito.⁵²

A mesma idéia, defendida às unhas por Ana Núbia Soares Lira:

imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe.” (HC 95009, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241, p. 19-12-2008).

⁵¹ Citando vários autores que admitem a tese: CHAVES, J. F. C.; CUNHA, C. M., *Princípio da proporcionalidade pro societate na gestão da prova ilícita: dilemas teóricos e usos cotidianos*.

⁵¹ HC 80.949-9/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.10.01

⁵² BEDÊ JUNIOR, A.; SENNA, G. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*, p. 25-26.

A teoria da proporcionalidade tem sido aceita pela doutrina e pelos Tribunais brasileiros, quando utilizada em favor do réu em face do princípio do favor rei, pelo qual a dúvida deve, sempre, beneficiar o acusado. Quando há dois princípios em conflito, deve prevalecer aquele que beneficiar o réu.

Porém, é do conhecimento do público, pois o noticiário não pára de expor que a sociedade brasileira está passando por momentos de grandes dificuldades no que diz respeito à segurança pública, principalmente nos grandes centros urbanos. O crime se organizou de tal forma que se tornou um poder paralelo ao próprio Estado, uma vez que é o crime organizado quem dita as normas a serem cumpridas pela sociedade, e é ele, também, quem julga os cidadãos, aplicando a pena de morte para aqueles que não se dispõem a cooperar com os criminosos, poderes estes conferidos somente ao Estado, que os exerce através dos Poderes Legislativo e Judiciário, e que, mesmo assim, este último, não condena nenhum cidadão à pena de morte, visto que a referida pena só é permitida pela CF em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a).

Diante desta realidade pela qual está passando a sociedade brasileira, é latente a necessidade dos nossos Tribunais repensarem a aplicação da teoria da proporcionalidade, aplicando-a, também, em favor da sociedade, pois a população brasileira precisa ser protegida deste poder paralelo que está invertendo o sentido normal dos fatos, uma vez que é o cidadão que está preso dentro de suas próprias casas e é a liberdade da coletividade que está sendo ameaçada.

Se a liberdade individual é protegida pela teoria da proporcionalidade, permitindo-se a utilização de provas obtidas ilicitamente em favor da liberdade de um indivíduo, maior razão existe para utilizar-se referida teoria quando se tratar da liberdade de uma coletividade. Não pode o agente do crime invocar princípios constitucionais, tais como a violação de sua intimidade ou de sua vida privada para garantir a impunidade.⁵³

Data maxima venia, a idéia é absolutamente insubsistente e sequer resiste ao teste da proporcionalidade – ainda que se consiga perceber princípios em rota de colisão, considerando-se a segurança pública um direito fundamental difuso. Isso se dá porque se se parte da idéia de que o interesse público está acima do individual, não há o que sopesar, pois haveria um princípio que sempre estaria em relação de precedência, o que contraria o próprio conceito de princípio. Quiçá exista uma regra fluída, contendo o gérmen da destruição dos direitos individuais.⁵⁴

Evidentemente não se nega que exista na atualidade uma projeção coletiva/difusa dos direitos fundamentais, geralmente identificada na doutrina

⁵³ LIRA, A. N. S., *Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade Pro Societate*.

⁵⁴ Chegando à mesma conclusão, CHAVES, J. F. C.; CUNHA, C. M., *Princípio da proporcionalidade pro societate na gestão da prova ilícita: dilemas teóricos e usos cotidianos*: “Ademais, seria francamente impossível pensar na alegada defesa social sem obter, como consequência política evidente, a restrição de direitos individuais. Levada ao extremo, tal entendimento conduz a um princípio que não otimiza ou aumenta o nível de efetividade de direitos fundamentais, mas os restringe. Há, portanto, um verdadeiro colapso na relação teórica com o modelo originário inicialmente descrito.”. Ainda nesse sentido, Cf. PRADO, F. L. Z. P., *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*, p. 159 et. seq..

como direitos de terceira geração, mas isso não nega outros direitos fundamentais atrelados à proteção individual (direitos de primeira geração)⁵⁵. O próprio Norberto Bobbio advertiu que um Estado em que os indivíduos só têm deveres e não direitos, só pode ser um Estado despótico.⁵⁶

Alexandre Bizzotto anota que a falsa idéia de hierarquia das gerações entre os direitos humanos, fomenta a rivalidade entre os titulares na tutela preferencial dos direitos individuais, sociais ou transindividuais, fazendo com que se perca o sentido referencial dos direitos humanos⁵⁷. Nas palavras do autor:

Com a hierarquização, o apelo à tutela aos direitos sociais e transindividuais, que têm maior alcance público, implica o esvaziamento da força dos direitos individuais que, nesse embate, são caracterizados como de natureza egoística. A dicotomia público/privado tende a pender para o discurso do “bem comum” e a respectiva demonização dos direitos individuais.⁵⁸

Infelizmente, as pessoas somente se preocupam com os direitos humanos – em especial com aqueles que compõem o modelo constitucional do processo penal – quando um parente, um amigo ou pessoa próxima vem a ser processada e exposta à execração pública, esquecendo que a defesa desses direitos só será possível se houver uma tutela geral dos mesmos.⁵⁹

A insistir no discurso de que a prova ilícita em favor da acusação se funda na prevalência do interesse coletivo sobre o individual, Aury Lopes Jr. adverte que em matéria penal, todos os interesses em jogo – principalmente os do réu – superam muito a esfera do privado, já que é direito de cada um e de todos conter o abuso do poder estatal⁶⁰ e de manter a integridade do ordenamento jurídico.

O atingimento da segurança pública não se dará com a supressão de direitos e garantias individuais, pois ela advirá do combate ao crime e não ao criminoso⁶¹.

⁵⁵ Sobre as gerações dos direitos Cf. BOBBIO, N., *A era dos Direitos*.

⁵⁶ BOBBIO, N., *A era dos Direitos*, p. 58

⁵⁷ BIZZOTTO, A., *A inversão ideológica do discurso garantista*, p. 120 et. seq..

⁵⁸ *Ibid.*, op. cit., p. 120.

⁵⁹ *Ibid.*, op. cit., p. 121.

⁶⁰ LOPES JR, A., *Processo Penal e sua conformidade constitucional*, p. 11.

⁶¹ NICOLITT, A. L., *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e Processo Penal*, p. 98. Veja-se que o discurso de ódio que coloca o sujeito processado completamente à margem dos direitos individuais: “a Lei Maior, como de resto qualquer lei, deve apresentar um caráter eminentemente ético, não podendo servir de instrumento para proteger toda a sorte de abusos praticados por marginais da pior espécie, em nome da defesa dos direitos individuais de ... criminosos;” (HAMILTON, S. D., *Provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do Direito*, p.88 – os três pontos, tal qual no original). Ainda: “A lei deve ser corretamente aplicada em favor de quem a mereça (...).”(MENDONÇA, R. P. A., *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*, p. 75).

Quando a perseguição se dirige à pessoa e não ao fato e suas causas envereda-se por uma proteção simbólica, que nada mais é do que o retrato de um Estado incapaz de debelar os problemas que realmente causam a violência.⁶²

Aliás, como bem lembrado por André Luiz Nicolitt, para que se pudesse superar a regra da vedação da utilização de provas ilícitas, necessário seria realizar o juízo de ponderação, passando-se pelas três máximas parciais da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Logo de início, quando da análise da adequação, haveria de se demonstrar que o meio é adequado ao fim, vale dizer: que a superação da regra implicaria em garantia da segurança pública ou do combate à criminalidade. Por certo, a tese não passaria sequer pela primeira fase – o teste da adequação.⁶³

4.4.4

Argumento da gravidade do crime

Há quem sustente que a gravidade do crime, *in abstracto*, seria fundamento para excepcionar a regra que proscreve a utilização das provas ilícitas em favor da acusação.

Assim, utilizando-se como norte a pena abstratamente prevista no tipo da infração apurada e a perpetrada em caso de violação dos direitos do processado, haver-se-ia um critério objetivo para a superação da regra que proíbe a utilização de provas ilícitas. Fábio André Guaragni, citado por João Freitas de Castro Chaves e Clarissa Marques da Cunha, traz outra sugestão para verificar a necessidade de relativização da garantia de vedação de utilização de provas ilícitas nos casos concretos:

Ora, o tamanho do interesse do estado - obviamente - estrutura a ‘medida’ do prazo prescricional, *rectius*, onde há maior interesse na *persecutio criminis*, maior é o prazo prescrito para o exercício do *jus puniendi*; ao revés, o prazo diminui onde o interesse no sentido da punibilidade também decai. Esta evidência serve como rumo interessante no sentido de colher-se um novo parâmetro de medição do bem preponderante: se o prazo prescricional do crime cometido mediante a conduta violadora do direito fundamental for maior que o prazo destinado a apurar o crime cuja prova obteve-se com aquela conduta, prevalece a ilicitude da prova, não

⁶² LOPES JR, A., *Processo Penal e sua conformidade constitucional*, p. 15 et. seq..

⁶³ NICOLITT, A. L., op. cit., p. 98.

podendo ser utilizada; ao contrário, se a banda prescricional do crime a ser demonstrado com a prova obtida naquela circunstância for maior que a da conduta típica cometida para obtê-la, então prevalece a possibilidade de utilização da prova.⁶⁴

Com o devido respeito, soluções desse tipo não poderão encontrar melhor sorte, além do mais são indiscutivelmente inconstitucionais. *A uma*, porque a pretexto da aplicação do princípio da proporcionalidade com base em dados colhidos *in abstracto*, olvida-se que a técnica da ponderação perpassa pela análise das possibilidades fáticas – máximas parciais da adequação e da necessidade. *A duas*, no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não há qualquer ponderação entre meio-fim. *A três*, cria uma exceção *in abstracto* à regra que veda a utilização de provas ilícitas no processo, esquecendo-se que essa garantia fundamental foi positivada sem reservas. Ora, se nem ao legislador foi dado o poder de excepcionar abstratamente a regra, com maior razão não haveria o porquê de dá-lo ao judiciário – ao arrepio da separação de funções. *A quatro*, “graduar a vedação da admissibilidade e valoração da prova ilícita, segundo a gravidade da imputação, constituiria instituir a sistemática violação de outra garantia constitucional – a presunção de inocência – em relação a quantos fossem acusados ou meramente suspeitos da prática de determinados crimes.”⁶⁵

4.4.5

O argumento da igualdade

Há quem sustente que admitir a utilização da prova ilícita *pro reo* e vedá-la em favor da acusação constitui quebra do princípio da isonomia, vetor régio da cláusula do *devido processo legal*.

O argumento é, contudo insubsistente. Todavia, antes de enfrentá-lo, há que se deixar claro que o magistrado, segundo o modelo constitucional do processo é guardião da igualdade entre as partes na relação processual; a ele não deve interessar nem a absolvição do culpado e nem a condenação do inocente. O

⁶⁴ GUARAGNI, F. A., *Prova ilícita e princípio da proporcionalidade: o tratamento no processo penal brasileiro*. Cadernos do Ministério Público do Paraná, Curitiba, v. 3, n. 9, p. 78, 2000 (apud) CHAVES, J. F. C.; CUNHA, C. M., *Princípio da proporcionalidade pro societate na gestão da prova ilícita: dilemas teóricos e usos cotidianos*.

⁶⁵ HC 80.949-9/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.10.01.

magistrado deve se conservar imparcial, dispensando às partes tratamento igualitário e assegurando o *fair play*. A interpretação igualitária da lei é um desdobramento da igualdade de tratamento que deve o magistrado assegurar, não há negar.

No entanto, a interpretação das leis deve ser compreendida em seus exatos termos, pois um mesmo dispositivo, a depender exclusivamente da forma como é interpretado poderá gerar uma norma inconstitucional.

Feitas essas observações, às críticas ao argumento.

É por todos sabido que não ofende o princípio da igualdade o tratamento desigual deferido àqueles que se encontram em uma situação de desigualdade. Essa noção elementar de igualdade na diferença permeia as quadras do Direito, já que a igualação das diferenças é uma das suas missões (do Direito).

Celso Antônio Bandeira de Mello, em opúsculo dedicado ao tema da igualdade, averba que a função precípua da lei é “exata e precisamente dispensar tratamentos desiguais”⁶⁶. As normas, segundo ele, “nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em uma ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes.”⁶⁷

Assim, o que fez a Constituição ao proscrever a utilização de provas ilícitas no processo foi criar um tratamento diferenciado, com o fito de equilibrar a defesa em relação à acusação, até mesmo porque o valor liberdade se acresce em face daqueles que sustentam a pretensão punitiva.

A *garantia individual foi deferida ao acusado*, porque é ele que está em situação de debilidade na relação processual persecutória. A meu ver, retomarmos os argumentos acerca dessa debilidade é, por completo, desnecessário.

Repise-se, no entanto, apenas que a vedação de utilização de provas ilícitas é uma *garantia individual* - moldada à feição de *direito de defesa* – destinada a proteger o cidadão processado. Desse modo, voltar um direito de defesa contra o seu próprio titular fere a racionalidade, aniquila completamente a força normativa da Constituição. O argumento da igualdade sugere uma *interpretação suicida*, ou seja, nega completamente qualquer significação ao dispositivo Constitucional e, a reboque, desigualava ainda mais a relação processual.

⁶⁶ MELLO, C. A. B., *O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 12.

⁶⁷ *Ibid*, loc. cit.

Com efeito, se o acusado pode se valer de provas ilícitas para provar sua inocência e a acusação pode se valer, de igual modo, daquele expediente, qual o sentido que deve ser dado à disposição constante no art. 5º, LVI, da CR/88?

4.5.6

O argumento da excepcionalidade

Diz-se que *excepcionalmente* haveria de se admitir a prova ilícita em benefício da acusação, quando a garantia individual desse azo a uma decisão manifestamente *desproporcional* e repugnante. Ou melhor: “somente em casos de excepcional gravidade é que se daria a aplicação da teoria da proporcionalidade”.⁶⁸

É preciso seccionar a idéia em partes, para que melhor seja compreendida, até mesmo porque os argumentos de fundo já foram rebatidos, em outra oportunidade.

Perceba-se que a tese da excepcionalidade não se sustenta por si só; sozinha ela é estéril. Não por outra razão que ela sempre vem acompanhada de adições: a) a da injustiça ou b) a da gravidade do crime. Isso significa que na verdade ela esconde os outros dois argumentos.

Quanto à primeira (a da injustiça), já discutimos que eventuais injustiças e os custos marginais com a aplicação da norma já foram sopesados pelo constituinte, não cabendo ao magistrado ou ao legislador substituir a vontade da Constituição por suas convicções pessoais. Tenho que justamente para evitar os riscos de *decisionismos*, andou bem o legislador constituinte ao positivar a garantia, com a rigidez inerente às regras. Demais, acredito não ser o Direito o campo adequado para lidar com a incapacidade de aceitar soluções diferentes das nossas, ou com a negação do que acreditamos ser certo ou justo. Fato é que, de vez em quando, o Direito diz o que não queremos ouvir, é preciso aprender a lidar com frustrações desse tipo, se é que realmente acreditamos em discurso plural.

Quanto à segunda (a da gravidade do crime), dentre outras razões, a sua inconsistência se dá pela negativa peremptória do princípio da presunção de

⁶⁸ HAMILTON, S. D., *Provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do Direito*, p. 87.

inocência. A gravidade da infração não pesa como argumento em favor da prova ilícita, a serviço da acusação, já que da percepção sistemática do modelo constitucional do processo exsurge a conclusão de que a liberdade tem maior peso quando em cotejo com os interesses da acusação.

Enfim, nem o argumento da justiça, tampouco o da gravidade do crime passam pelo teste das máximas parciais da proporcionalidade.

Retomando especificamente a questão da excepcionalidade, há mais o que considerar.

Primus, o argumento da excepcionalidade remete inexoravelmente o intérprete à noção de exceção – ou seja, uma hipótese de exclusão da regra. No campo das regras, a idéia de exceção deve ser suportada por uma cláusula de exceção (expressa e objetiva), o que não é, em absoluto, o caso da norma que proscree a utilização das provas ilícitas no processo – regra lapidada sem reservas.

Secundus, a elasticidade que o conceito de *excepcionalidade* poderia assumir, acabaria certamente em negar a norma constitucional. Expressões vagas e indeterminadas são sempre um serviço do obscurantismo penal, já lembrava Luigi Ferrajoli.⁶⁹

Tertius, para o acusado a negação da garantia da vedação de utilização de provas ilícitas, justamente quando dela precisou, não é *excepcional*, mas o *sempre*. O conceito de exceção só pode ser compreendido pela perspectiva da acusação, razão pela qual a idéia não serve para a compreensão dos direitos humanos, segundo o critério da *máxima efetividade*.

4.5.7

O argumento da única prova possível

Para alguns, o teste da proporcionalidade justifica a utilização da prova ilícita quando ela for o único meio possível para a demonstração da “verdade real”. Enfim, a *necessidade* da utilização da prova ilícita em prol da acusação seria incontestável.

⁶⁹ FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 45.

Muito embora pareça que o argumento da única prova possível se funda no princípio da proporcionalidade, mais especificamente na máxima parcial da necessidade, sequer a essa etapa a análise chegará. O teste da proporcionalidade do argumento se atravanca logo no início, quando da análise da máxima da adequação.

É isso porque apenas a prova lícita é idônea para a formação da convicção do magistrado. O probatório viciado fica fora dos meios disponíveis para o alcance do fim, pois, como vimos, no sistema de liberdade probatória a garantia de ser processado ou sentenciado com base em prova ilícita *retira* o meio, do universo daqueles possíveis.

Vale dizer: aquele que tem apenas uma prova ilícita para sustentar a pretensão punitiva, na verdade não tem prova, ou se quiser, tem uma não-prova.

O teste da necessidade pressupõe uma pluralidade de meios para o atingimento do fim.

Nessa senda, o convencimento judicial deve ser obtido dentro das regras do jogo limpo, estabelecidas pelo modelo constitucional do processo. É dessas regras que emerge para o acusador – e somente para ele – o ônus de demonstrar a culpa do acusado. É do universo das provas lícitas que deve ser derrubada a presunção de inocência.

O magistrado que tolera a quebra do *fair play* tolera a trapaça; e se tolera a trapaça é porque tem interesse em um determinado resultado; e se tem interesse em um determinado resultado falhou em sua missão. Não foi nem imparcial e nem velou pelas regras do jogo; permitiu o desrespeito à Constituição; ficou cego pelo resultado que não veio e também não virá; a ilegalidade só gera ilegalidade.