

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

ANILTON ROBERTO TURIBIO JÚNIOR

**A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO QUANDO PRODUZIDAS PELA
VÍTIMA**

Uberlândia

2019

ANILTON ROBERTO TURIBIO JÚNIOR

**A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO QUANDO PRODUZIDAS PELA
VÍTIMA**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito,
pela Universidade Federal de Uberlândia,
Faculdade de Direito, *campus* Santa Mônica.

Orientadora: Profa. Dra. Beatriz Corrêa Camargo

Uberlândia

2019

ANILTON ROBERTO TURIBIO JÚNIOR

**A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO QUANDO PRODUZIDAS PELA
VÍTIMA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito, *campus* Santa Mônica, pela seguinte banca examinadora:

Profª. Doutora Beatriz Corrêa Camargo - Orientadora

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia

Uberlândia,
2019

Aos meus pais e meu irmão, que
moldaram o meu ser e foram a

sustentação de minha vida.

À Dra. Beatriz Corrêa Camargo, minha orientadora, cujo auxílio foi de indispensável importância para a conclusão desta monografia.

RESUMO

A vedação à utilização de provas obtidas ilicitamente na persecução penal é direito fundamental do acusado, previsto expressamente na Constituição Brasileira. Não obstante, há discussão doutrinária a respeito de qual o alcance da referida norma, estribado no fato de que não existe direito fundamental absoluto. A presente monografia tem por escopo analisar se é possível, no âmbito do sistema processual brasileiro, se admitirem provas obtidas ilicitamente, quando produzidas pela vítima, em desfavor do réu. Para tanto, utiliza-se dos entendimentos de insígnis doutrinadores sobre o assunto, bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores Brasileiros e o entendimento sobre o assunto no direito comparado. Haja vista o fato de que a vedação de provas ilícitas está prevista na Constituição Brasileira como um direito fundamental, realizar-se também um sopesamento entre direitos fundamentais da vítima e do acusado, à luz do princípio da proporcionalidade. A pesquisa se utilizou do método hipotético-dedutivo para se atingir seu desiderato, ou seja, para se solucionar o problema, se apresentou uma hipótese, e, ao fim, se analisou se esta é ou não válida. Foi utilizada a técnica de pesquisa de documentação direta, precipuamente a pesquisa documental e a bibliográfica. Palavras-Chave: Processo Penal; Provas; Provas Ilícitas; Admissibilidade de provas obtidas ilicitamente; Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The prohibition of the use of evidence unlawfully obtained in criminal prosecution is a fundamental right of the accused, expressly envisaged in the Brazilian Constitution. Nevertheless, there is a doctrinaire discussion about what is the range of the regulation above-mentioned, based on the fact that there isn't absolute fundamental right. This monography aims to analyse if is possible, in the brazilian procedural system, to admit evidences unlawfully obtained, when produced by the victim, in the detriment of the defendant. For that, it's use the undestanding of noteworthy lectures about the subject, as well as the jurisprudence of the Brazilians Superiors Courts and the understanding about the subject in the comparative law. For the fact that the prohibition of the illicit evidences is envisaged in the Brazilian Constitution as a fundamental right, a balance between the fundamental rights of the victim and the of the defendant it's also realized, in the light of the proportionality principle. This survey used the hypothetica-deductive method for reach its goal, what means, for solve the issue, its presented a hypothesis, and, in the end, it was analysed wheter is valid. It was utilized the research technique of direct documentation, especially the documentary and bibliographic poll.

Keywords: Criminal Prosecution; Evidences; Ilicit Evidences; Admissibility of evidences unlawfully obtained; Fundamental rights.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 6 |
| 1 DA PROVA | 8 |
| 1.1 CONCEITO | 8 |
| 1.2 CLASSIFICAÇÃO | 9 |
| 2 O DIREITO À PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL | 12 |
| 2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS | 12 |
| 2.1.1 Gerações de Direitos Fundamentais | 14 |
| 2.1.2 A teoria dos quatro <i>status</i> de Jellinek | 15 |
| 2.1.3 Os direitos de defesa, a prestação e de participação | 16 |
| 2.1.4 Do caráter não absoluto dos direitos fundamentais..... | 17 |
| 2.1.5 O princípio da proporcionalidade | 19 |
| 2.1.6 Colisão entre direitos fundamentais | 24 |
| 2.2 DIREITO À PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL | 27 |
| 3 PROVAS ILÍCITAS | 31 |
| 3.1 CONCEITO..... | 33 |
| 3.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE..... | 34 |
| 3.2.1 Princípio da proporcionalidade em favor do acusado | 36 |
| 3.2.2 Princípio da proporcionalidade em desfavor do acusado | 37 |
| 3.3 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA | 39 |
| 3.4 TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE | 41 |
| 3.5 TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL | 41 |
| 3.6 JURISPRUDÊNCIA | 43 |
| 3.7 DIREITO COMPARADO | 47 |
| 4 A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO QUANDO PRODUZIDAS PELA VÍTIMA | 50 |

| | |
|---------------------------|-----------|
| 5 CONCLUSÃO | 58 |
| BIBLIOGRAFIA | 60 |

INTRODUÇÃO

Do latim *probatio*, prova é qualquer conjunto de atos praticados no decorrer de um processo com escopo de levar ao juiz a convicção acerca da existência ou inexistência de determinado fato.¹ A prova judiciária tem como objetivo, destarte, a reconstrução, na maior medida do possível, dos fatos investigados no processo.

A busca por essa verdade não pode, no entanto, ser realizada de forma ilimitada, ao arrepio dos direitos fundamentais de nossa sociedade. Colimando prevenir atuações arbitrárias por parte do Estado na persecução penal, a Constituição Brasileira, em seu art.5º, LVI, estabelece serem “inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Escuda-se, com isso, direitos e garantias fundamentais do indivíduo, como o direito à intimidade e à privacidade (art.5º, X da CF), o direito à inviolabilidade do domicílio (art.5º, XI da CF), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art.5º, XII, da CF), o direito ao devido processo legal (art.5º, LIV, da CF).

Tal dispositivo é de graúdo avanço em nosso ordenamento jurídico, porquanto não presente nas adredes Cartas Magnas Brasileiras. O seu respeito, por conseguinte, é de inegável importância na consecução de um processo penal garantista em um Estado Democrático de Direito.

É mister ressaltar, não obstante, que não existe direito fundamental absoluto. Desse modo, havendo conflito entre princípios fundamentais constitucionais, deve-se, no caso concreto, realizar uma comparação entre eles, se utilizando do princípio da proporcionalidade, para se aferir qual deve prevalecer.

Nessa senda, nossos Tribunais Superiores já admitiram a utilização de provas obtidas ilicitamente, mormente quando em benefício do réu. Situação mais polêmica, porém, diz respeito à utilização de provas obtidas ilicitamente quando em benefício da sociedade ou da própria vítima, sendo objeto de grandes disceptações doutrinárias.

¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 369

O presente trabalho tem por escopo analisar os temas das provas ilícitas no processo penal brasileiro e as possibilidades de suas admissões, precipuamente quando produzidas pela vítima, sempre à luz dos direitos fundamentais espedados em nossa Constituição.

1 APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

O presente trabalho procura esgaravatar se é possível, no processo penal brasileiro, se admitir provas obtidas ilicitamente, em desfavor do réu, quando estas forem produzidas pela vítima.

Analisando-se o sistema de funcionamento do ordenamento jurídico brasileiro como um todo, o questionamento a ser realizado é o seguinte: em casos de demasiada gravidade, com graúdas sequelas para vítima, seria possível se condenar o acusado estribado em provas obtidas ilicitamente pela vítima (a partir de invasão de domicílio, por exemplo)? Ou o direito fundamental do réu ao devido processo legal, de não ser condenado arrimado em evidências inconcessas, deve prevalecer em todo e qualquer caso?

Por exemplo, menores de idade, vítimas de abuso sexual, invadem ilegalmente a residência de suspeito de crime de pedofilia, encontrando na mesma fotos que comprovam a prática do delito. É consabido que crimes de abusos sexuais (seja em menores de idade, seja em adultas), geram graúdas consequências psíquicas na vítima, que convivem com a diária ojeriza de serem novamente violentadas por seu agressor. Em situações tais, se a vítima obter prova, de forma ilícita, evidência que comprova a prática do delito, deverá esta ser utilizada no processo, condenando-se o réu, ou deverá ser considerada írrita, e consequentemente, julgando-se improcedente o pedido condenatório?

É questão como tal que procurará ser respondida nessa monografia, se devassando se há direitos fundamentais da vítima que podem prevalecer sobre o direito do acusado de não ser condenado com base em provas ilícitas, ou se este direito deve prevalecer em todas as hipóteses. Para tanto, será analisado o sistema constitucional brasileiro, e também será cotejado o entendimento de plagas alienígenas para se chegar a uma resposta sobre o problema aqui discutido.

2 DA PROVA

2.1 CONCEITO

Como já supracitado, a palavra prova possui sua etimologia no latim *probatio*, que significa verificação, ensaio, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação. *Probatio*, de seu turno, se deriva do verbo *probare*, que significa provar, ensaiar, verificar, examinar, aprovar, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar.² No escólio do insigne Nicola Malatesta, prova é “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade.”³ Prova é, por conseguinte, o conjunto de atos realizados no processo para se chegar à certeza sobre determinado fato.

Percebe-se, destarte, que o escopo precípua da prova é convencer o juiz da causa sobre a existência ou inexistência sobre o alegado na exordial. Corroborando esse entendimento, o STJ, no RESP. 665.561/GO, manifestou sua posição de que “a produção de provas tem por destinatário imediato o juiz da causa, com vistas à formação de sua convicção quanto à matéria posta a desate.”⁴

No direito processual penal, a prova tem como seu principal desiderato dirigir o poder-dever do Estado ao combate dos crimes elencados no Código Penal e nas Legislações Penais Extravagantes, de modo a aplicar as sanções cabíveis, quando comprovada a transgressão.⁵ É por este motivo que o processo penal, em vistas das grandes consequências geradas por uma condenação penal, exige a materialização das provas (chamada verdade material), diversamente do processo civil, que admite uma presunção de veracidade dos fatos alegados na peça exagógica quando da ausência de impugnação destes (a chamada verdade formal), conforme especado no art. 341 do Código de Processo Civil. Nessa senda, áulicos do conspícuo Eugênio Pacceli:

“Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial (art. 341, CPC/2015), sem prejuízo da iniciativa probatória que se

² NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1997. p. 39

³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas. LZN Editora, 2003, p.15

⁴ STJ, RESP. 665.561/GO, Relator Min. Jorge Scartezini, publicação DJ 02/05/2005.

⁵ DA SILVA, César Dario Mariano. Provas Ilícitas. 2ª ed. São Paulo. Universitária de Direito. 2001. p. 16

confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (frequentemente chamada de verdade formal, porque decorrente de uma presunção legal), exigindo-se a materialização da prova. Então, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade material.”⁶

Importante ressaltar também a diversidade de acepções do termo “prova”, no entendimento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho. Para estes, em uma primeira acepção, “prova” indica a já supracitada definição de conjunto de atos praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Em um segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os “meios de prova”.⁷

2.2 CLASSIFICAÇÃO

Pode-se diferenciar entre *fonte de prova* (os fatos percebidos pelo juiz), *meio de prova* (instrumento pelos quais os mesmos se fixam em juízo), e *objeto da prova* (o fato a ser provado, que se deduz da fonte e se introduz no processo pelo meio de prova).⁸

A prova pode também ser classificada em direta e indireta. No primeiro caso, a prova se refere direta e imediatamente ao fato a ser prova. No segundo caso, se refere a outro fato (indício) que, por sua vez, se liga ao fato a ser provado. A prova indiciária, portanto, é sempre indireta.⁹

⁶ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 340.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p.97

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 97.

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 98

Além disso, a prova pode ser plena (ou evidente) e semiplena (ou incompleta), segundo o grau de certeza que causar no juiz, conforme explicitado por Grinover, Scarance e Magalhães:

“Para a prova de certos fatos, o legislador exige apenas um juízo de verossimilhança e, para outros, que a prova seja convincente “*prima facie*”: para a condenação penal, por exemplo, é necessário um elevado grau de certeza sobre a prova do fato e da autoria; havendo dúvidas, o juiz deverá absolver por insuficiência de provas (art. 386, VI CPP). Já para a decretação da prisão preventiva, deverá haver prova (plena) da existência do fato e “indícios suficientes” (“*rectius*”, prova semiplena) de autoria (art. 312 CPP). Indicam a necessidade de prova plena expressões legais como “fundadas razões”, “manifestamente infundada”, etc.¹⁰

Por último, quanto às atividades processuais respeitantes à prova, destacam-se quatro importantes momentos: as provas podem ser propostas, quando são indicadas ou requeridas; admitidas, quando o juiz se manifesta sobre sua admissibilidade; produzidas, quando introduzidas no processo; e apreciadas (quando valoradas pelo juiz). Mister destacar a diferença entre juízo de relevância e juízo de veracidade das provas:

“Distingue-se o juízo de relevância do juízo de veracidade das provas: este pertence exclusivamente ao momento de valoração, enquanto aquele é feito pelo juiz, em tese, no momento da admissibilidade e repetido, em concreto, no momento da apreciação.”¹¹

A decisão se determinada prova é ou não relevante para o processo se dá, portanto, no momento da aferição de admissibilidade da prova, quando se devassar se a prova é pertinente à busca da verdade dos fatos analisados. Lado outro, o juízo de veracidade

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 98

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 98

ocorre quando da valoração da prova pelo juiz, *i.e.*, quando o magistrado perscrutará se a prova corresponde ou não à efetiva realidade.

Leandro Cadenas, por sua vez, subdivide as provas em objetivas, subjetivas e formais.

Da primeira, fazem parte as já explicadas provas diretas e indiretas.

As provas subjetivas, por sua vez, se aquinhoam em reais e morais. Estas são aquelas que aderem à coisa, como uma impressão digital numa arma. Aqueloutras, também chamadas pessoais, se referem ao que se gravou no espírito humano acerca do fato, como o testemunho do crime.

Quanto à forma, a prova pode ser testemunhal, documental, pericial e material.

A primeira diz respeito na oitiva de pessoa que pode acrescentar algum dado novo à questão, confirmando ou negando algo que foi alegado. Pode ser o próprio interessado (ofendido ou acusado)¹², ou terceiro.

A prova pericial é aquela produzida por especialista, que auxilia o juízo com questões técnicas que fogem do conhecimento do julgador.

Documento, de seu turno, é uma afirmação pessoal, feita de forma consciente e escrita, com escopo de corroborar a verdade que se afirma, como, *v.g.*, um recibo de pagamento.

A prova material é o próprio objeto que se afirma, como a arma do crime por exemplo.¹³

¹² Conquanto ofendido e acusado não sejam considerados testemunhas, seus testemunhos em juízo são utilizados como provas com o fito de formar o convencimento do julgador.

¹³ PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas – Teoria e interpretação dos Tribunais Superiores. 2ª ed. Niterói/RJ. Impetus. 2009. p. 5

3 O DIREITO À PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

3.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

O documento que é o esboço para o estudo dos direitos fundamentais é a *Magna Charta Libertatum*, firmada em 1215, na Inglaterra pelo rei João-Sem-Terra e pelos barões e bispos ingleses, com escopo de minuir o poder absolutista do rei inglês. Nos dizeres de Info Wolfgang Sarlet:

“É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Trata-se da Magna Charta Libertatum, pacto firmado em 1215, pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, embora elaborado para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, excluindo, em princípio, a população em geral do acesso aos ‘direitos’ consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade. Todavia, em que pese possa ser considerado o mais importante documento da época, a Magna Charta não foi nem o único, nem o primeiro, destacando-se, já nos séculos XII e XIII, as assim chamadas cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis portugueses e espanhóis.”¹⁴

Nos áulicos de Canotilho, os direitos fundamentais possuem a finalidade de:

“direito de defesa do cidadão sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente a ingerência destes na esfera jurídica

individual; (2) implicam, num plano jurídico subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva), e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a

¹⁴ SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional.

^a ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 336

evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).”¹⁴

Nos termos do Título II da Constituição da República, os direitos fundamentais se aquinhoam em cinco capítulos: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados aos partidos políticos.

É mister ressaltar que o STF, em muitos julgados, já decidiu que os direitos fundamentais não estão limitados aos previstos no art. 5º da Carta Magna. Na ADI 9397/DF, relator o Min. Sydney Sanchez, DJ de 18/03/1994 o STF proclamou que, no âmbito tributário, o princípio da anterioridade (art. 150, III, b da CF) é garantia individual do contribuinte, constituindo, destarte, cláusula pétrea. No RE. 587.008, relator o Min. Dias Toffoli, DJ de 06/05/2011, decidiu-se que o princípio da anterioridade nonagesimal, insculpido no art. 195, §6º da *Lex Mater*, é garantia fundamental do contribuinte, constituindo, portanto, cláusula pétrea, não podendo ser extinto por emenda à Constituição. Na ADI 3.685/DF, relatora a insigne Min. Ellen Gracie, julgada em 22/03/2006, considerou-se como garantia individual do eleitor e cláusula pétrea, o princípio da anterioridade eleitoral do art. 16 da Lei Maior. Nesse julgamento, disse a relatora:

“Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte, (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanchez, DJ de 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadãoeleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos, e ‘a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoras’ (ADI. 3.345, Rel. Min. Celso de Mello)”.¹⁵

No mesmo diapasão, o RE 633.703, relator o Min. Gilmar Mendes, Dje de 18/11/2011).¹⁶

¹⁴ CANOTILHO, J.J Gomes. Direito constitucional. Coimbra. Almedina, 1993.p.541

¹⁵ ADI 3.685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 22/03/2006

¹⁶ MENDES,

Paulo. Saraiva. 2017. p. 126-127

Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São

3.1.1 Gerações de Direitos Fundamentais

Outra classificação dos direitos fundamentais é especada na ordem cronológica de evolução dos direitos fundamentais, dividindo-os em três gerações.

A primeira geração açambarca os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa, do século XVIII. São os direitos às liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio. Traduzem-se em postulados de abstenção do Estado na vida individual, engendrando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida individual de cada indivíduo.¹⁷ Algumas garantias processuais, por exemplo o devido processo legal, o *habeas corpus* e o direito de petição, também se enquadram nesta categoria.¹⁸

Em tais direitos não despontava a preocupação com desigualdades sociais.¹⁹ Para o liberalismo clássico, os objetivos sociais eram a soma aritmética dos objetivos individuais.²⁰

As grandes desigualdades sociais geradas pela Revolução Industrial, surgida na Inglaterra na década de 1780²¹ do século XVIII e que se grassou pela Europa no século XIX, ocasionou movimentos de reivindicações de melhorias nas condições de vida dos trabalhadores. Podem-se citar, por exemplo, os movimentos operários na Grã-Bretanha, como o ludismo e o cartismo, ocorridos, respectivamente, em 1811 e na década de 1830. Além disso, a partir de 1830, a ideologia liberal começa a perder a sua força, crescendo, portanto, o pensamento de Claude Saint-Simon, por tradição reconhecido como o primeiro “socialista utópico”.²²

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 135

¹⁸ SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 340

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 135

²⁰ HOBBSAWN, Eric J.. A Era das Revoluções. 39ª ed. São Paulo. Paz e Terra. 2017. p. 366

²¹ HOBBSAWN, Eric J.. A Era das Revoluções. 39ª ed. São Paulo. Paz e Terra. 2017. p. 59

²² HOBBSAWN, Eric J.. A Era das Revoluções. 39ª ed. São Paulo. Paz e Terra. 2017. p. 374 ²⁴

MENDES,

Paulo. Saraiva. 2017. p. 135

Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São

Tais fatos geraram um progressivo estabelecimento, pelos Estados, de seguros sociais variados, ocasionando uma maior intervenção na vida econômica e a orientação das ações estatais por objetivos de justiça social.²⁴

Surgiram, então, os chamados direitos de segunda geração. Tais direitos fundamentais, que embrionariamente já haviam sido previstos nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 (art. 179) e na Constituição alemã de 1849, caracterizam-se, ainda hoje, por assegurarem ao indivíduo direitos a assistência social por parte do Estado, saúde, educação, trabalho etc. No século XX, mormente no período de pós Segunda Grande Guerra, esses direitos se espalharam em um número significativo de constituições, além de constituírem o objeto de diversos pactos internacionais.²³

Os direitos de terceira geração, de seu turno, peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que abarcam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos.²⁴

3.1.2 A teoria dos quatro *status* de Jellinek

Uma outra classificação dos direitos fundamentais é a dada por Jellinek no final do século XIX, que aquinhoou os direitos fundamentais em quatro *status*.²⁵

O primeiro é o *status* passivo (ou *status subjectionis*), no qual o indivíduo se acha em posição de detentor de deveres para com o Estado. Este tem a competência para vincular o indivíduo, por meio de mandamentos e proibições.²⁶

²³ SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 341

²⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo. Atlas. 2018. p. 69

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 155

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 155

Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São

O segundo impõe que o Estado não interfira no espaço de liberdade do indivíduo. Nesse caso, chama-se *status* negativo.²⁷

O chamado *status* positivo (*status civitatis*), diz respeito àqueles direitos que permitem ao indivíduo que atue positivamente, que aja no favor de indivíduo.²⁸

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 155

²⁸ MENDES,

Paulo. Saraiva. 2017. p. 155

Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São

Por último, o *status* ativo diz respeito ao direito do indivíduo de participar da vida política do Estado. São os chamados direitos políticos, como, por exemplo, o direito ao voto.²⁹

3.1.3 Os direitos de defesa, a prestação e de participação

Os direitos fundamentais também se dividem em direitos de defesa, a prestação e de participação.

Os direitos de defesa são aqueles que impõem ao Estado um dever de não interferir no espaço de liberdade individual. É relacionado ao *status* negativo.³⁰ Enquadram-se nessa categoria, v.g, a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5º, X da CF), o sigilo de comunicações (art. 5º, XII da CF), a liberdade de locomoção (art. 5º, XV da CF), a proibição de penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b da CF), entre outros.³¹

Os direitos a prestação, de seu turno, são os direitos do indivíduo de exigir atuações sociais por parte do Estado, com fito de atenuar as desigualdades.³² É, por sua vez, relacionado ao *status* positivo de Jellinek. Os direitos a prestação se dividem em direitos a prestação jurídica e direitos a prestações materiais. Aqueles dizem respeito do direito do indivíduo de exigir uma normatização jurídica do Estado, com escopo de regular o procedimento de escuda de direitos fundamentais. Estoutro, de seu turno, são os direitos sociais, colimando atenuar as desigualdades na sociedade.³³

Por último, os direitos de participação estão amalgamados com *status* ativo de Jellinek, e são os direitos de participar da vida política do Estado.

²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 155

³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra. Almedina. 1987. p. 192

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 156

³² MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 156

³³ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 158-159

É mister destacar que um direito fundamental pode estar imiscuído em mais de uma destas classificações. Nos escólios do conspícuo Paulo Gustavo Gonet Branco: “Uma observação deve ser feita. A distinção entre direitos e direitos a prestação não se faz sem algumas matizes. É possível extrair direitos a prestação de direitos de defesa e direitos de defesa dos direitos a prestação (...) Vale referir, também, que direitos essencialmente de defesa apresentam aspectos, ainda que subsidiários, de direito a prestação. O direito à vida traz como consectário o direito a que o Estado proteja a vida contra ofensas de terceiros, não se exaurindo na pretensão a que o Estado não suprima esse bem dos seus súditos.”³⁴

3.1.4 Do caráter não absoluto dos direitos fundamentais

A importância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico é inegável, constituindo normas de defesa do indivíduo contra o Estado, e normas que garantem ao indivíduo exigir uma efetiva atuação do estado na escuda de seus direitos.

Esse apanágio dos direitos fundamentais é verificado em algumas de suas características, como, *e.g.*, a inalienabilidade do direito à vida, da integridade física e das liberdades pessoais.³⁵ Outra demonstração da importância dos direitos fundamentais é sua constituição em cláusulas pétreas, não podendo ter seu núcleo essencial modificado (art. 60, §4º, IV da CF).

Insta ressaltar, no entanto, que já é pacífico no Direito que os direitos fundamentais não são absolutos, encontrando seus limites nos demais direitos previstos na Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).³⁶ Nesse sentido, Quiroga Lavié afirma que os direitos fundamentais colimam restringir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição. Entretanto, não eliminam a subordinação do indivíduo ao Estado, de modo que aqueles devem agir dentro dos limites impostos pelo

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 165

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 144

³⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo. Atlas. 2018. p. 69

direito.³⁷ O Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU prevê um limite à liberdade de religião em seu art. 18, quando afirma que:

“A liberdade de manifestar a sua religião ou as suas crenças só pode ser objecto de restrições que, estando previstas na lei, sejam necessárias para a protecção da segurança, da ordem, da saúde e da moral públicas, ou para a protecção dos direitos e liberdades fundamentais de outrem.”³⁸

A Declaração de Direitos Humanos, em seu art. 29, também prevê um limite aos direitos fundamentais quando expõe:

“toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração”.

A própria Constituição brasileira prevê uma limitação ao direito à vida em seu art. 5º, inciso XLVII, *a*, que permite a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.

³⁷ LAVIÉ QUIROGA, Humberto. Derecho Constitucional. Buenos Aires. Depalma. 1993. p. 123. apud MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo. Atlas. 2018. p. 70

³⁸ Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU, art. 18

Não se pode, destarte, caracterizar os direitos fundamentais como absolutos, podendo sofrer limitações por outros valores constitucionais.³⁹

3.1.5 O princípio da proporcionalidade

Há disceptações doutrinárias a respeito do fundamento do princípio da proporcionalidade. Segundo a corrente alemã, o arrimo seria o princípio do Estado de Direito (art. 1º da CF), máxime a vedação do arbítrio. Lado outro, a corrente norteamericana defende a correlação com um devido processo legal substantivo (art.5º, LIV, da CF).⁴⁰ Há, ainda, quem sustenta que a base do princípio da proporcionalidade reside nos direitos fundamentais⁴¹, e aqueles que, segundo Gilmar Mendes, defendem tratar-se de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo.⁴² Destaca também Gilmar Mendes, citando Bernhard Schlink, que tais definições não se limitam apenas ao plano teórico, possuindo influência na seara empírica:

“Anota Schlink que tal definição não é neutra ou indiferente do ponto de vista dos resultados. Se se cuida de enfatizar o fundamento nos direitos fundamentais, terá esse princípio aplicação na relação entre cidadão e Estado, aqui contemplados os conflitos entre os entes privados que ao Estado incumbe solver. Se, ao revés, o princípio em apreço assenta-se na ideia do Estado de Direito, tem-se a sua projeção não só para a relação entre o cidadão e o Estado, mas também para as relações entre os poderes. Observa Schlink, porém, que dificilmente se pode extrair do princípio do Estado de Direito justificativa para a aplicação do princípio da proporcionalidade às relações entre a União e

³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 142

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. São Paulo. Celso Bastos. 1988. p. 83; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo, Saraiva. 2010. p. 237 apud SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 408-409

⁴¹ ALEXY, Robert. Theorie der Grundrecht. Frankfurt am Main [s.n]. 1986. p. 101 apud MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 216

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 216

Estados-membros ou entre estes e os municípios. Referida questão insere-se no âmbito do princípio federativo. Aqui, ter-se-ia a aplicação do princípio da proporcionalidade não com fundamento nos direitos fundamentais ou no Estado de Direito, mas como postulado geral de Direito.”⁴³

Prossegue o supracitado autor afirmando que a Corte Constitucional alemã entende que o princípio da proporcionalidade se fundamenta tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no contexto do Estado de Direito.⁴⁴

No Brasil, aceita-se também diversos fundamentos do princípio da proporcionalidade. Cita-se, por exemplo, o julgamento do HC 45.232, de 1968, no qual o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 48 do Decreto-Lei n. 314/67 (Lei de Segurança Nacional), que impedia o acesso a qualquer atividade profissional ou privado daquele acusado da prática de crime contra a segurança nacional. No voto do Relator, o Ministro Themístocles Cavalcanti, fica evidente que se considerou o princípio aqui em estudo como elemento dos direitos fundamentais:

“Infelizmente não temos em nossa Constituição o que dispõe a Emenda n. 8 da Constituição Americana, onde se prevê a exigência de fianças excessivas, as penas de multa demasiadamente elevadas e a imposição de penas cruéis e fora do comum ou de medida (*cruel and unusual punishment*).

Os intérpretes consideram como tal, por exemplo, a morte lenta, mas entendem também que o conceito deve evoluir porque ‘cruel’ não é uma expressão técnica, com significação definida em direito e que deve evoluir com o aperfeiçoamento do homem, as exigências da opinião pública e a proporção entre o crime e a pena.

É possível que em determinado momento se chegue a condenar a pena de morte, como cruel (Pritchett, *The American*

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 217

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 217

Constitution, p. 527)

No caso ‘*Trop versus Dulles*’ (1958) Justice Warren entendeu, a meu ver com razão, que a ideia fundamental da Emenda n. 8 é a preservação da dignidade humana.

Não temos preceito idêntico; porém, mais genérico e suscetível de uma aplicação mais ampla, temos o §35 do art. 150, reprodução de Constituições anteriores, que dispõe: ‘A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota’.

Ora, a Constituição vigente, como as anteriores no quadro das garantias individuais e sociais, procurou seguir as exigências de aperfeiçoamento do homem e o respeito à sua integridade física e moral. A preservação de sua personalidade e a proteção contra as penas infamantes, a condenação sem processo contraditório, a supressão de algumas penas que se incluíam na nossa velha legislação penal, a afirmação de que somente o delinquente pode sofrer pena, sem atingir os que dele dependem, definem uma orientação que qualifica perfeitamente o regime e os princípios fundamentais da Constituição.

O preceito vem da Constituição Americana, Emenda IX – nela foi inspirado e foi introduzido na nossa primeira Constituição Republicana, com o receio de que a enumeração pudesse levar o intérprete a entender que por serem discriminadas essas garantias, quaisquer outras estariam excluídas.

Mas o preceito é de maior alcance, porque ele atinge numerosos direitos não enumerados e que representam conquistas do progresso humano no domínio das liberdades. A lista desses direitos vem crescendo há séculos.

O objetivo da lei foi inverso a essa tendência, porque procurou aumentar o rigor da repressão desses crimes, intimidando com medidas que atingem o indivíduo na sua própria carne, pela simples suspeita ou pelo início de um procedimento criminal fundado em elementos nem sempre seguros ou de suspeitas que viriam a se apurar no processo.

Nesse particular, a expressão ‘e medida cruel’, encontrada no texto americano, bem caracteriza a norma em questão, porque, com ela, se tiram ao indivíduo as possibilidades de uma atividade profissional que lhe permite manter-se e a sua família.

Cruel quanto à desproporção entre a situação do acusado e as consequências da medida.

Mas não só o art. 150, §35, pode ser invocado. Também o *caput* do art. 150 interessa, porque ali se assegura a todos os que aqui residem o direito à vida, à liberdade individual e à propriedade.

Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência, é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção.⁴⁵”

Lado outro, já sob a Constituição de 1988, ao apreciar a arguição de inconstitucionalidade do art. 5º, §1º e 2º e incisos I, II e III da Lei n. 8.713, de 30/09/1993, que regulava a participação de partidos políticos nas eleições, o Tribunal julgou que a supracitada lei era desproporcional, espedado no princípio do devido processo legal em sua acepção substantiva, declarando a inconstitucionalidade de todos os parágrafos e incisos do art. 5º da referida lei, vencidos os votos dos ministros Francisco Rezek, Carlos Velloso e Sepúlveda pertence, que entenderam pela constitucionalidade da referida lei. Importante, nesse particular, trazer à colação trecho do voto do Min. Moreira Alves:

⁴⁵ HC 45.232, Rel. Min. Themístocles Cavalcanti, RTJ, 44/322 (327-328)

“Sr. Presidente, a meu ver, o problema capital que se apresenta, em face dessa lei, é que ela fere, com relação aos dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio constitucional do devido processo legal, que, evidentemente, não é apenas o processo previsto em lei, mas abarca as hipóteses em que falta razoabilidade à lei.

Ora, os dispositivos em causa partem de fatos passados, e portanto já conhecidos do legislador quando da elaboração desta lei, para criar impedimentos futuros em relação a eles, constituindo-se, assim, em verdadeiros preceitos *ad hoc*, por terem como destinatários não a generalidade dos partidos, mas apenas aqueles relacionados com esses fatos passados, e, por isso, lhes cerceiam a liberdade por esse procedimento legal que é de todo desarrazoado.”⁴⁶

Percebe-se que a jurisprudência brasileira também entende haver diversos âmbitos para o fundamento do princípio da proporcionalidade. De qualquer forma, tal princípio funciona como um controle dos atos, comissivos e omissivos, dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos de direito privado.⁴⁷

3.1.5.1 Elementos do princípio da proporcionalidade

A utilização do princípio da proporcionalidade como meio de controle de atos restritivos aos direitos fundamentais funciona no plano da proibição do excesso.⁴⁸ A aferição nessa caso se dá por meio dos subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro colima de evitar se nenhum meio menos gravoso ao indivíduo pode ser aplicado de maneira igualmente eficaz na consecução dos desideratos. O segundo, de seu turno, procura perscrutar se a medida adotada é eficaz a

⁴⁶ ADI 958-3, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 11-05-94

⁴⁷ SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 341

⁴⁸ SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 409

atingir os escopos almejados.⁴⁹ O último subprincípio realiza um cotejo entre a importância da realização do ato e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais, ou seja, se procura analisar se as vantagens obtidas pela medida é de maior valia em relação a limitação imposta aos direitos fundamentais.⁵⁰

Resta fora de dúvidas que os dois subprincípios devem ser amalgamados. Uma medida adequada pode não ser necessária se houver meio menos oneroso, e igualmente eficaz, para se atingir o pretendido.

Insta ressaltar que ao lado da proibição de excesso, grande parte da doutrina e da jurisprudência entendem sobre a existência da chamada proibição de proteção deficiente.⁵¹ Nessa senda, importante trazer à baila julgamento do Supremo Tribunal Federal no RE 418.376, no qual não reconheceu a união estável entre homem e mulher como uma entidade familiar para efeitos da aplicação da cláusula de extinção da punibilidade espedado no art. 107, VII, do Código Penal. Na ocasião, pretendia-se o reconhecimento de união estável entre garota de 12 anos que engravidou após manter relações sexuais com o cônjuge de sua tia, que também era seu tutor legal, e, após ter o filho, afirmou em juízo que vivia maritalmente com o seu opressor. O STF decidiu que o princípio da proporcionalidade, além da subdivisão da proibição de excesso, também pressupõe a proibição de proteção deficiente, e, conseqüentemente, não se pode conferir *status* de união estável à situação *sub examine* para fins de extinção de punibilidade.⁵²

3.1.6 Colisão entre direitos fundamentais

A doutrina costuma classificar as normas jurídicas em dois grupos: os das regras, e os dos princípios.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 225

⁵⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 9. ed. São Paulo. Malheiros. 2009 p. 173 e ss. apud SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 410-411

⁵¹ SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 409

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 226-227

As regras são normas às quais se aplicam o modo do “tudo ou nada”. No escólio de Dworkin: “se os fatos que uma regra estipula ocorrem, então ou a regra é válida, e a solução que dela resulta deve ser aceita, ou não é válida, e não contribuirá em nada para a decisão.”⁵³ Havendo conflito entre regras, a solução se dará através do sistema de hierarquias, especialidade ou cronológico.

Os princípios, de sua parte, segundo áulico de Alexy, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.”⁵⁴

Destarte, um princípio pode ser cumprido em maior ou menor grau, enquanto a regra será cumprida ou descumprida. Quando há uma colisão entre princípios *in concreto*, deve-se aferir o peso (a partir da ponderação) de cada um no caso e questão, sempre se ressaltando que, em abstrato, ambos os princípios possuem igual importância, não havendo primazia de um em relação ao outro.⁵⁵

A distinção é de suma importância porquanto é “a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”⁵⁶, e, no âmbito dos direitos fundamentais, normas que configuram princípios são mais frequentes.⁵⁸ Havendo conflito entre direitos fundamentais, conseguintemente, deve-se utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, evitando a exclusão completa de um em relação ao outro, “realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.”⁵⁹

⁵³ DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge. Massachussets. Harvard University Press. 1978. p. 24 apud MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 73

⁵⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 86. apud MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 74

⁵⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 74

⁵⁶ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.

⁵⁷ . p. 81. apud MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 74

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 181

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo. Atlas. 2018. p. 70

Insta ressaltar que a prevalência de um direito sobre outro deve ser aferida estribado nas peculiaridades do caso concreto, com fito de estabelecer qual deve prevalecer no caso analisado. Não há prevalência de um direito fundamental sobre outro em termos abstratos.

Para Alexy, a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, deve-se perscrutar a intensidade da intervenção. No segundo, busca-se saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, de sua parte, deve-se realizar a ponderação em sentido estrito.⁶⁰ Percebe-se a clara similitude entre a ponderação e direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade, ensinando Alexy que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma “lei de ponderação”, pela qual a intervenção em um dado direito fundamental apenas poderá ser caracterizada se mais relevante ser aquele outro direito que ocasionou a intervenção.⁶²

Na seara do STF, podem-se registrar julgados que roboram a sobrepujança de um direito fundamental sobre outro a depender do caso concreto. Nessa senda, traz-se à baila ementas do HC 78.426, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, e do Inquérito n. 1247, relator o Ministro Marco Aurélio:

“Crime contra a honra e a vida política. É certo que, ao decidir-se pela militância política, o homem público aceita a inevitável ampliação do que a doutrina italiana costuma chamar a “*zona di illuminabilità*”, resignando-se a uma maior exposição de sua vida e de sua personalidade aos comentários e à valoração do público, em particular, dos seus adversários; mas a tolerância com a liberdade da crítica ao homem público há de ser menor, quando, ainda que situado no campo da vida pública do militante político, o libelo do adversário ultrapasse a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade: por isso, em

⁶⁰ ALEXY, Robert. “Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik”. palestra proferida na Fundação Casa Rui Barbosa. Rio de Janeiro. 10-12-1998. apud. MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 239 ⁶² ALEXY, Robert. “Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik”. palestra proferida na Fundação Casa Rui Barbosa. Rio de Janeiro. 10-12-1998. apud. MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 239 ⁶³ HC 78.426. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 6-3-1999, 1ª Turma, DJ de 07/05/1999.

tese, pode caracterizar delito contra a honra a assertiva de haver o ofendido, ex-Prefeito, deixado o Município "com dívidas causadas por suas falcatruas".⁶³

“Crime contra a honra – Elemento subjetivo – O Dolo – Inviolabilidade parlamentar – Alcance. Tratando-se de hipótese a revelar prática inicial coberta pela inviolabilidade parlamentar, sentindo-se o titular do mandato ofendido com resposta formalizada por homem público na defesa da própria honra, único meio ao alcance para rechaçar aleivosias, cumpre ao órgão julgador adotar visão flexível, compatibilizando valores de igual envergadura. A óptica ortodoxa própria aos crimes contra os costumes, segundo a qual a retorsão é peculiar ao crime de injúria, cede a enfoque calcado no princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da razão de ser das coisas, potencializando-se a intenção do agente, o elemento subjetivo próprio do tipo – o dolo – e, mais do que isso, o socialmente aceitável. Considerações e precedente singular ao caso concreto.”⁶¹

Como se alumia do sobreposto, no HC 78.426, o Pretório Excelso entendeu que o homem público, por essa própria condição sua, estão obrigados a tolerar críticas que, para o homem comum, seriam infensos ao direito à honra. Essa fato não permite, não obstante, uma cabal impunidade, mormente quando se irroga ao homem público a prática de fatos mais ou menos concretos, sobremaneira quando adentram a seara da criminalidade. Lado outro, no Inquérito n. 1.247, a mesma Egrégia Corte entendeu que ato que comumente seria tipificado como delito de injúria, pode ser admitido quando denotado como resposta à ataques realizados sob broquel da imunidade parlamentar.

3.2 DIREITO À PROVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

⁶¹ Inq. 1.247. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 15/04/1998. DJ de 18/10/2002.

A Constituição da República abarcou como direito fundamental o princípio do devido processo legal, explicitando, em seu art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

O princípio *sub examine* é assaz amplo, englobando diferentes significados. Destarte, pode-se falar em devido processo legal em relação ao contraditório e à ampla defesa; ao direito ao juiz natural; direito de ser processado e condenado com base em

prova ilícita; direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela lei.⁶²

O devido processo legal atua tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, garantindo-lhe paridade total de condições com o Estado persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).⁶³ Desse modo, no escólio do conspícuo Alexandre de Moraes, o devido processo legal tem como consectário a ampla defesa e o contraditório, conforme abaixo destacado:

“O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, 383 conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV) (...)

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.”⁶⁴

⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 573

⁶³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo. Atlas. 2018. p. 152

⁶⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo. Atlas. 2018. p. 152

A garantia do contraditório, conseqüentemente, pressupõe também o direito de influir decisivamente no processo⁶⁵, e, *ipso jure*, o direito à produção de prova. Nessa senda, traz-se à colação ensinamento de Scarance, Magalhães e Gomes Filho, *ipsis literis*:

“Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional. O concreto exercício da ação e da defesa fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do fato posto como fundamento das pretensões das partes, ou seja, destas poderem servir-se das provas.

Nos Estados Unidos da América, fala-se em um verdadeiro “*right to evidence*” em favor de quem age e se defende em juízo, garantido pela cláusula do *due process of law*. Na Itália, a Corte Constitucional afirmou que a garantia constitucional fica prejudicada quando se limita o direito à prova. Na então Alemanha Federal sempre se reconheceu o direito à prova, que não se esgota na faculdade de produzi-la, mas compreende uma verdadeira pretensão a vê-la admitida. Entre nós, a doutrina não se afasta dessas posições.⁶⁶

Alumbra-se, por evidente, que o direito à prova, como consectário do contraditório, constitui direito fundamental.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 99

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 99

O direito à ampla defesa, de sua parte, pressupõe o direito à defesa técnica, à autodefesa, à defesa efetiva.⁶⁷

A defesa técnica é aquela realizada por advogado, e, conforme exposto na Súmula 523 do Pretório Excelso, “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. No HC 82.672/RJ, relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, a mesma Egrégia Corte decidiu que a manifestação da defesa, patrocinada por defensor público ou dativo, que se limite a pleitear condenação no mínimo legal, é causa de nulidade absoluta.⁶⁸

A autodefesa é realizada através do interrogatório, pelo qual o acusado tem o direito de estar presente, acompanhado de seu advogado, e expor a sua visão dos fatos, inclusive podendo permanecer em silêncio sem assim desejar.

Alumia-se do direito à ampla defesa, também, o direito de se aproveitarem provas obtidas ilicitamente *pro reo*.⁶⁹⁷⁰ Tal fato ocorre porquanto a norma de vedação de utilização de provas ilícitas é direcionada ao Estado.⁷¹ Além disso, seria infenso a um Estado Democrático de Direito encarcerar alguém que se sabe ser inocente.

Através do princípio da ampla defesa, *ipso facto*, aclara-se também o apanágio de direito fundamental imiscuído no direito à prova, inclusive as obtidas ilicitamente.

⁶⁷ PACHELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 49

⁶⁸ HC 82.672. Rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio. Julgado em 14/10/2003

⁶⁹ PACHELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 49; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 111; DA SILVA, César Dario Mariano. Provas Ilícitas. 2ª ed. São Paulo. Universitária de Direito. p. 33; PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas – Teoria e interpretação dos Tribunais Superiores. 2ª ed. Niterói/RJ. Impetus. 2009. p. 32; SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. ⁷⁰ . p. 904; MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo. Atlas. 2018. p. 158

⁷¹ DA SILVA, César Dario Mariano. Provas Ilícitas. 2ª ed. São Paulo. Universitária de Direito. p. 32

4 PROVAS ILICÍTAS

Não obstante o direito à prova ser constitucionalmente abroquelado como direito fundamental, por estar imiscuído nas garantias da ação e da defesa e do contraditório, ele não é absoluto,⁷² seguindo o entendimento de que nenhum direito fundamental é absoluto.

Como explicitado no capítulo 1, o processo penal é estribado na procura pela “verdade real”, diversamente do processo civil, no qual é admitido a “verdade formal”. Acontece que, durante muito tempo, a “verdade real” engendrou assombroso estigma na sociedade. Pautado na premissa de que a verdade deveria ser conhecida em sua maior profundidade, o Estado encetou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, disseminando desvios das autoridades públicas na persecução penal, coonestados pela suposta busca da “verdade real”.⁷³ Já na segunda metade do século XVIII, essas barbáries começaram a ser questionadas, como se afere da seguinte passagem da memorável obra *Dos Delitos e das Penas*, do ínclito Cesare Beccaria:

“É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, seja para que ele confesse a autoria do crime, seja para esclarecer as contradições em que tenha caído, seja para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, porém dos quais poderia ser culpado, seja finalmente porque sofistas incompreensíveis pretenderam que a tortura purgava a infâmia.”⁷⁴

O poder infindo do juiz penal era ideado como meio cogente para se alcançar a cognoscibilidade do que efetivamente ocorreu. Como ensina Grinover, Scarance e Magalhães:

“(…) o juiz penal, diversamente do juiz civil, deveria ser dotado de poderes ilimitados, para efeito de acerto dos fatos, porque a descoberta da verdade, obtida de qualquer forma, é a premissa indispensável para alcançar o escopo da ‘defesa social’.

⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Nulidades no Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 104

⁷³ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 339

⁷⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas: Tradução de Torrieri Guimarães*. São Paulo. Martin Claret. 2014. p. 34

E é assim que a busca da verdade se transmudou num valor mais precioso do que a proteção da liberdade individual.”⁷⁵

A escuda de direitos fundamentais é tomo elementar do Estado Democrático Direito. A devassa penal, destarte, deve ser dirigida sempre colimando o respeito aos direitos do indivíduo, seguindo um rito pré-determinado e obedecendo a regras préestabelecidas.⁷⁶

Com fito de inibir arbitrariedades por parte do órgão estatal responsável pela perseguição é que o art. 5º, LVI, da Constituição Federal expõe, *in verbis*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”

É mister salientar que, conforme ensina Eugênio Pacelli, “toda verdade judicial é sempre uma verdade processual.”⁷⁷ É este o azo que determina que o termo “verdade real” deve ser caracterizado como, de um lado, no sentido de uma verdade obtida com a influência das partes, e, de outro lado, no sentido de uma verdade processualmente válida, conseguida nos ditames da lei.⁷⁸

Ressalta-se também que a prova válida não impescinde de estar prevista na lei, bastando que não seja defesa por norma constitucional, processual ou pelos princípios gerais do direito, como bem depreende Espínola Filho:

“Com resultado da inadmissibilidade de limitações dos meios de prova, utilizáveis nos processos criminais, é-se levado à conclusão de que, para recorrer a qualquer expediente, reputado capaz de dar conhecimento da verdade, não é preciso seja um meio de prova previsto, ou autorizado pela lei, basta não seja

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 107

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 105

⁷⁷ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 339

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 107

expressamente proibido, se não se mostrar incompatível com o sistema geral do direito positivo, não repugne à moralidade pública e aos sentimentos da humanidade, piedade e decoro, nem acarrete a perspectiva de um dano, ou abalo sério, à saúde física ou mental das pessoas, que sejam chamadas a intervir na diligência.”⁷⁹⁸⁰

É por este azo que uma prova obtida ao arrepio da lei, defesa por esta, deve ser considerado írrita, devendo ser desentranhadas do processo, conforme determina o art.

157 do CPP:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Em relação aos direitos individuais, a vedação de provas ilícitas tem por escopo mormente a escuda do direito à intimidade, à privacidade, à imagem e à inviolabilidade do domicílio, normalmente aqueles mais tingidos durante as devassas.⁸¹ São também ilícitas as provas obtidas por meios que infligem as integridades físicas e psíquicas do ser humano, como, i.e, a tortura, hipnose e a ministração de substâncias químicas.⁸²

4.1 CONCEITO

Antes de adentrar no tema das provas ilícitas, insta diferenciar as provas ilícitas em sentido estrito das chamadas provas ilegítimas.

Nessa temática, os áulicos de Grinover, Scarance e Magalhães Gomes Filho, *ipsis literis*:

“No campo das proibições da prova, a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a

⁷⁹ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, V.II. Rio de Janeiro. Borsoi.

⁸⁰ . p. 453

⁸¹ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 351

⁸² PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 351

proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza substancial, quando, embora servindo mediatamente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.

A distinção é relevante: a violação do impedimento configura, em ambos os casos, uma ilegalidade: mas, enquanto no primeiro caso haverá um ‘ato ilegítimo’, no segundo caso haverá um ‘ato ilícito’ (Nuvolone).”⁸³

Nesse sentido, prova ilegítima é aquela que desrespeita norma processual.⁸⁴ Assim, por exemplo, será prova ilegítima o documento exibido em plenário do Júri, afrontando o art. 479, *caput* do CPP, ou a confissão feita em substituição ao exame de corpo de delito, quando o delito deixar vestígios, conforme explicitado no art. 158 do CPP.

Quando, de outra parte, a proibição se dá por norma de natureza material, a prova será considerada ilícita em sentido estrito.⁸⁵ Destarte, por exemplo, serão caracterizadas como ilícitas as obtidas com violação do domicílio ou das comunicações e as conseguidas mediante tortura ou maus tratos.

Independente dessas diferenciações, ambas as provas são consideradas vedadas pelas normas brasileiras, se considerando a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima.⁸⁶

4.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 108

⁸⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 372

⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 108

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 113

É de se alumbrar que a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas têm, hodiernamente, sendo serenada. Trata-se do princípio da proporcionalidade, engendrado na Alemanha Federal, conforme ensina Grinover, Scarance e Magalhães Gomes Filho:

“A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado *Verhältnismässigkeitsprinzip*, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes.”⁸⁷

Nessa senda, a Corte Constitucional Alemã, em julgamento de 16/03/71, esclareceu:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador e uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”⁸⁸

O princípio da proporcionalidade vem sendo aplicado, além da Alemanha, em outras plagas europeias. Na França e na Inglaterra, inclusive, é-se permitida as provas obtidas ilicitamente. Não são, entretanto, escoimadas, se escarmentando aqueles que a produziram.⁸⁹

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 110

⁸⁸ BverfGE, 30, 316. Apud DA SILVA, César Dario Mariano. Provas Ilícitas. 2ª ed. São Paulo. Universitária de Direito. p. 31

⁸⁹ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 380

No Direito norte-americano, a proibição das provas ilícitas é normatizada para quando produzidas por agentes do Estado. Ali, conseqüentemente, como ensina Pacelli, “o princípio da *razoabilidade* está conectado, não com critérios de adequação, mas de *controle dos atos do poder público*.”⁹⁰ (grifo original)

4.2.1 Princípio da proporcionalidade em favor do acusado

É posição praticamente unívoca a aceitação da possibilidade de se utilizar a prova ilícita quando em favor do acusado.⁹¹ A evidência *pro reo*, destarte, deve sempre ser aproveitada.⁹² Não há, no Estado Democrático de Direito, como se acoimar alguém que se conhece ser inocente, o que seria contradição clara a tomo elementar daquele.

Ademais disso, se escoimar a prova obtida ilegalmente também pode ser estribado no estado de necessidade, se caracterizando como uma excludente de ilicitude.⁹³

No Brasil, a doutrina se aquinhoou, durante algum tempo, sobre a admissibilidade das provas inconcessas. Hodiernamente, porém, a doutrina majoritária se posiciona contrariamente à admissibilidade das provas ilícitas, mitigadas pelo princípio da proporcionalidade, máxime quando em favor do acusado.⁹⁴ Nesse sentido, Grinover, Scarance e Magalhães Gomes Filho dispõem:

“As *Mesas de Processo Penal*, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tomaram posição sobre a matéria nas seguintes Súmulas:

Súmula n.48 – Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material.

Súmula n.49 – São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais,

⁹⁰ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 380

⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 111

⁹² PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 381

⁹³ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 381

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 111

ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.

Súmula n.50 – Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.”⁹⁵ Seguindo esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a prova ilegal produzida pelo réu em estado de necessidade, ou legítima defesa, causas excludentes da ilicitude, como, *verbi gratia*, no HC 74.678/SP, rel. Min. Moreira Alves:

“Habeas Corpus. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro quando há, para essa utilização, excludente de antijuridicidade. – Afastada a ilicitude de tal conduta – a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento de

terceiro que está praticando o crime -, é ela, por via consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (Art. 5º, X, da Carta Magna). ‘Habeas Corpus’

indeferido.”⁹⁶

Não se pode obliviar que, após a vida, a liberdade é o mais momentoso direito fundamental do ser humano⁹⁷, sendo sua garantia, inclusive, segundo Locke, o arrimo da fundação do Estado.⁹⁸ Destarte, a garantia do direito à prova não pode sobrepujar o direito à liberdade do indivíduo que se sabe ser inocente, e, neste caso, a prova ilícita deve ser admitida no processo.

⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 112

⁹⁶ HC 74.678/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 10/07/1997. DJ de 15/08/1997

⁹⁷ DA SILVA, César Dario Mariano. Provas Ilícitas. 2ª ed. São Paulo. Universitária de Direito. p. 33

⁹⁸ LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo Civil. Editora Vozes. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. p. 69

4.2.2 Princípio da proporcionalidade em desfavor do acusado

Há também parte da doutrina que entende que o princípio da proporcionalidade também pode ser usado em desfavor do acusado, de forma a se admitir a prova obtida ilicitamente mesmo quando em favor da acusação.

Nessa senda, traz-se à baile áulico do ínclito Eugênio Pacelli, *in verbis*:

“Mas, voltando à questão do aproveitamento da prova ilícita em favor da acusação, diríamos que o critério de proporcionalidade poderá validamente ser utilizado, nas hipóteses em que não estiver em risco a *aplicabilidade potencial e finalística* da norma da inadmissibilidade. Por aplicabilidade *potencial e finalística* estamos nos referindo à função de controle da atividade estatal (responsável pela produção da prova) que desempenha a norma do art. 5º, LVI, a CF. Assim, quando não se puder falar no incremento ou no estímulo da prática de ilegalidade pelos agentes produtores da prova, pensamos ser possível, em tese, a aplicação da regra da proporcionalidade.”⁹⁹ (grifos do original)

Nessa mesma intelectualidade, o entendimento de Fernando Capez, *ipsis literis*:

“Realmente, nenhuma liberdade individual é absoluta. Comporta exceções para preservar o ditame da legalidade. Portanto, afigurase possível, observados os requisitos constitucionais e legais, a interceptação das correspondências e das comunicações telegráficas e de dados, sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Nesse sentido, interessante acórdão do STF: ‘A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode

⁹⁹ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 381

constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas’ (STF, HC 70.814-5, rel. Min. Celso de Mello, DJU, 24 jun. 1994, p.16649).”¹⁰⁰

É mister ressaltar que Grinover, Scarance e Magalhães Gomes Filho entendem que a Constituição não afasta a possível aplicação do princípio da proporcionalidade:

“Pensamos que, nesses casos (admissibilidade da prova ilícita que beneficie a defesa, eventual adoção do princípio da proporcionalidade e vícios da prova regular derivada da ilicitamente obtida), a Constituição brasileira não afasta radicalmente nenhuma tendência; e isto porque, como já dito (supra, n. 1), os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais.”¹⁰¹

O Pretório Excelso, não obstante, não tem admitido a utilização das provas ilícitas em desfavor do réu, mesmo que sem a participação de agentes estatais.¹⁰²

4.3 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

A teoria dos frutos da árvore envenenada, ou *fruits of the poisonous tree*, possui gênese no direito norte-americano. Por essa teoria, as provas obtidas em função de uma prova ilícita são também inconcessas. Não seria lógico se admitir uma prova que apenas

¹⁰⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 384

¹⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 115

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 577

veio à lume porque especada em prova ilícita, porquanto se permitiria fácil burla à vedação constitucional.¹⁰³

No sentido da aplicação da supramencionada teoria, escólio de Grinover, Scarance e Magalhães Gomes Filho:

“Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são assim igualmente banidas o processo.

É a conhecida teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’, cunhada pela Suprema Corte americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.”¹⁰⁴

No Brasil, o Supremo Tribunal, de albores, em julgamento no HC 69.912-0 RS, decidiu pela inaplicabilidade da teoria *sub examinen* pelo placar de 6x5, vencidos os votos dos Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Sidney Sanches, Néri da Silveira, Octávio Gallotti e Moreira Alves. Esse julgamento, entretanto, foi anulado sobraçado no impedimento do Ministro Néri da Silveira. Sendo realizado novo julgamento, terminou este empatado, e, conseqüentemente, prevaleceu a tese adrede vencida, qual seja, de admissão da teoria aqui em análise.¹⁰⁵

A posteriori, com a aposentadoria do Ministro Paulo Brosard e ingresso do Ministro Maurício Corrêa, nos julgamentos do HC 72.588/PB e HC 73.351/SP, o STF inverteu seu entendimento, vitoriando a tese que consagra a teoria dos frutos da árvore envenenada, pelo placar de 6x5.¹⁰⁶

Positivando esse entendimento, a Lei 11.690/08 imiscuiu a referida teoria no art. 157, §1º do Código de Processo Penal, ao dispor serem “também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e

¹⁰³ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 368

¹⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 114

¹⁰⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo. Atlas. 2018. p. 159

¹⁰⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo. Atlas. 2018. p. 159

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

Insta ressaltar a posição de Fernando Capez, ao entender que o princípio da proporcionalidade também deve ser aplicado *in casu*, não podendo considerar-se irrisória toda e qualquer prova obtida em função de outra obtida ilicitamente. Nessa senda, lição do insigne doutrinador:

“Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais. Os interesses que se colocam em posição antagônica precisam ser cotejados, para escolha de qual deva ser sacrificado.¹⁰⁷

Por motivos que à frente serão explicitados, quando da análise do escopo precípuo deste trabalho, estamos com a posição de Fernando Capez, entendendo que a vedação das provas ilícitas e também de suas derivadas não podem ser tomadas em sentido absoluto, devendo ser devassadas no caso concreto, se cotejando direitos fundamentais em conflito.

4.4 TEORIA DA FONTE INDEPENDENTE

O §1º do art. 157 do CPP afirma a prova deriva da ilícita não será írrita quando não for evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. Trata-se da teoria da fonte independente, que, no escólio de Eugênio Pacelli:

¹⁰⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 375

“Já a teoria da fonte independente baseia-se precisamente na ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Nada mais. Exemplo (real!): autoridade policial, ao avistar, no trânsito, veículo de *prima linea*, conduzido por determinada pessoa, desconfiou tratar-se de furto, unicamente em razão da cor (negra) do motorista.”¹⁰⁸

Alumbra-se, destarte, que nem sempre se terá como conseqüência a inadmissibilidade de uma prova derivada de outra obtida ilicitamente.

4.5 TEORIA DA DESCOBERTA INEVITÁVEL

O §2º do art. 157 do Código de Processo Penal dispõe, *ipsis literis*:

“Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

Para Pacelli, no entanto, é errônea a definição exposta pelo supracitado dispositivo legal. Na verdade, se trata da teoria da descoberta inevitável, pela admite-se a prova, conquanto presente eventual relação de causalidade ou de dependência entre as provas (a ilícita e a descoberta), exatamente em razão de se tratar de meios de prova rotineiramente adotados em determinadas investigações.¹⁰⁹

Com excelentíssima precisão, Capez destaca a diferença entre a teoria da fonte independente e a da descoberta inevitável:

¹⁰⁸ PACHELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 370

¹⁰⁹ PACHELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 369

“Finalmente, cabe aqui um comentário acerca das limitações da fonte independente e da descoberta inevitável.

No primeiro caso, se não existe nexo de causalidade entre a nova evidência e a prova anteriormente produzida, isto significa que uma não derivou da outra. Se a causa geradora da prova for absolutamente independente em relação à anterior, é porque uma nada tinha a ver com a outra, sendo incabível falar-se em prova ilícita por derivação. Em outras palavras, se o fruto derivou de outra árvore distinta da envenenada, não há que se falar na teoria dos frutos da árvore envenenada. A regra da limitação da fonte independente é, portanto, supérflua, desnecessária. Basta aplicar a conhecida teoria da *conditio sine qua non* e o critério da eliminação hipotética: se ao excluir a prova anterior da cadeia causal a nova prova continuar existindo, é porque não foi causada por aquela, sendo incabível a alegação de ilicitude da prova por derivação. Se, ao contrário, a prova produzida estiver arrimada ou justificada na prova ilícita anterior, não se poderá alegar independência de fonte, ante o critério da eliminação hipotética (excluída a prova ilícita, desaparece a produção da prova dela derivada, revelando-se o nexo de interdependência entre ambas).

No segundo caso, qual seja, o da descoberta inevitável, a prova, a despeito de sua ilicitude, considera-se válida sob o argumento de que acabaria sendo descoberta de qualquer modo.”¹¹⁰

A fonte independente, conseguintemente, diz respeito à prova conseguida sem qualquer relação de causalidade com uma atávica obtida de forma ilícita. Não há, neste caso, nem sequer de se falar em prova derivada. A teoria da descoberta inevitável, de seu turno, possui relação de causalidade com outra adrede obtida de forma inconcessa, porém, seria, no normal curso da investigação, encontrada inevitavelmente. Por ambas as teorias a prova deverá ser admitida no processo.

¹¹⁰ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 382

4.6 JURISPRUDÊNCIA

O Pretório Excelso brasileiro amiúde se manifesta sobre o tema das provas ilícitas, com o princípio da proporcionalidade e com as teorias dos frutos da árvore envenenada, da fonte independente e da descoberta inevitável.

Nesse diapasão, ementa do HC 80.948/ES, rel. Ministro Néri da Silveira, abaixo transcrita:

“*Habeas Corpus*. 2. *Notitia criminis* originária de representação formulado por Deputado Federal com base em gravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados na representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. 6. *Habeas Corpus* deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita.”¹¹¹

É mister fazer-se um comentário sobre a decisão supracitada. As gravações clandestinas serão ilegais quando violarem o direito à intimidade ou privacidade, e consequentemente, deverão ser consideradas irrisórias. Ou seja, o que é considerado ilícito não é nem a gravação da conversa sem a cognoscibilidade de um dos interlocutores, mas sim a revelação à terceiros é que violará o direito à privacidade.¹¹² Ressai-se que a gravação feita por terceiro sem conhecimento de nenhum dos interlocutores já é, *de per*

¹¹¹ HC 80.948/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 19/12/2001

¹¹² PACHELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 354

si, ilícita.¹¹³

O STF tem admitido, porém, a divulgação de gravação de conversa por um dos interlocutores, ou por terceiro com autorização de um dos interlocutores, quando presente uma excludente de ilicitude, conforme se alumia dos julgados infra destacados:

“Captação, por meio de fita magnética, de conversa entre presentes, ou seja, a chamada gravação ambiental, autorizada por um dos interlocutores, vítima de concussão, sem o conhecimento dos demais. Ilicitude da prova excluída por caracterizar-se o exercício da legítima defesa de quem a produziu.”¹¹⁴

“EMENTA: PROVA. Criminal. Conversa telefônica. Gravação clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição em inquérito policial, onde o interlocutor requerente era investigado ou tido por suspeito. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Inexistência de interceptação, objeto de vedação constitucional. Ausência de causa legal de sigilo ou de reserva da conversação. Meio, ademais, de prova da alegada inocência de quem a gravou. Improvimento ao recurso. Inexistência de ofensa ao art. 5º, incs. X, XII e LVI, da CF. Precedentes. Como gravação meramente clandestina, que se não confunde com interceptação, objeto de vedação constitucional, é lícita a prova consistente no teor de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem de reserva da conversação, sobretudo quando se predestine a fazer prova, em juízo ou inquérito, a favor de quem a gravou.”¹¹⁵

“É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem ciência do outro, quando há investida criminosa deste última. É inconsistente e fere

¹¹³ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 354

¹¹⁴ RE 212.081/RO, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 27/03/1998

¹¹⁵ RE 402.717/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 13/02/2009

o senso comum falar-se em violação o direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com sequestradores, estelionatários ou qualquer tipo de chantagista.”¹¹⁶

A teoria dos frutos da árvore envenenada foi admitida pelo STF adrede à sua inclusão no Processo Penal, nos julgamentos dos já supracitados HC 72.588/PB e HC 73.351/SP, sendo presença constante nas decisões da Corte Maior, inclusive quanto à inviabilidade de sua aplicação. Nesse sentido, no HC 80.949/RJ, o STF decidiu que a teoria supramencionada não se aplica quando na fase do inquérito policial, conforme se alumbra de trecho da emente infra citada:

“(…) V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (*fruits of the poisonous tree*). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.”¹¹⁷

O princípio da proporcionalidade também possui seara nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo admitido por estas Cortes. Nessa senda, as ementas do RHC 7.216/SP, e do HC 3.982/RJ, ambos do STJ :

“GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. *HABEAS CORPUS*. RECURSO.

1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo ilícita como prova no processo penal. 2. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. 3. Precedentes do STF. 4. Recurso conhecido mas não provido.”¹¹⁸

¹¹⁶ HC 75.338/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 25/09/1998

¹¹⁷ HC 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14/12/2001

¹¹⁸ RHC 7.216/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 25/05/1998

“*HABEAS CORPUS*. ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. Réu condenada por formação quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que ‘são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional’ (*verfassungsaktualisierung*), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranquila. Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (*reasonableness*). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (*exclusionary rule*) também lá pede temperamentos. Ordem denegada.”¹¹⁹

Em relação ao tema da fonte independente, o STF já se pronunciou, antes mesmo de sua inclusão no Código de Processo Penal, pela sua admissibilidade no julgamento dos embargos de declaração no HC 84.679/MS:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. PRETENSÃO DE EFEITO MODIFICATIVO COM FUNDAMENTO EM OMISSÃO. INEXISTÊNCIA DO VÍCIO ALEGADO.

A questão da prova ilícita, decorrente da não-observância de formalidade na execução de mandado de busca e apreensão, foi debatida e rejeitada pela maioria, prevalecendo o voto divergente no sentido de preservar a denúncia respaldada em prova autônoma, independente da que foi impugnada.

¹¹⁹ HC 3.982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 26/02/1996

Embargos de declaração rejeitados.”¹²⁰

4.7 DIREITO COMPARADO

O tema das provas ilícitas também é largamente explorado no direito comparado, havendo diferentes entendimentos sobre o assunto em plagas alienígenas.

Nesse sentido, segundo Pacelli, na França e na Inglaterra, as provas ilícitas são utilizadas no processo, punindo-se, porém, os responsáveis pela sua produção.¹²¹

Nos Estados Unidos, de seu turno, a regra é pela vedação praticamente absoluta das provas ilícitas, se e quando produzida pelos agentes do Estado. Segundo áulico de Pacelli, nos Estados Unidos “o princípio da razoabilidade está conectado, não com critérios de adequação, mas de controle dos atos do poder público. Exatamente por isso, inúmeros princípios são utilizados para fins de afastamento da ilicitude, tal como ocorre, por exemplo, com a boa-fé na obtenção da prova, ainda que contrariamente à regra legal.”¹²²

No direito alemão, segundo Avolio, houve uma extensão da vedação das provas ilícitas também àquelas produzidas por particulares, e não somente às produzidas por agentes públicos. Nessa senda, explicita o supracitado autor:

“(…) reafirma-se a vinculação dos *grundrechte* às relações entre particulares e, ainda, reforçando a obrigação do juiz de empenharse pela sua imediata atuação, reconhece-se explicitamente a possibilidade de dessumir proibições probatórias diretamente da Constituição, independentemente de uma prévia configuração sob o plano legislativo ordinário. Este o ponto de maior interesse numa perspectiva comparativa.”¹²³

¹²⁰ HC-ED 84.679-3, rel. Min. Eros Grau, DJ de 30/09/2005

¹²¹ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 380

¹²² PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 380

¹²³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015. p. 56

Conforme já sobredito (item 3.2), tem ampla aplicação no direito alemão o princípio da proporcionalidade, com escopo de minuir a aplicação rigorosa da regra de vedação das provas obtidas ilicitamente, levando-se sempre em consideração o caso concreto.

A moderna doutrina espanhola também defende a proibição de utilização das provas inconcessas, independente do átimo de sua admissão ou incorporação no processo, e também de quem foi o autor da prova, seja funcionário público ou particular, e ainda independentemente de ser processo penal ou civil.¹²⁴ Positivando tal ideia, a *Ley Orgânica Del Poder Judicial*, no art. 11.1, afirma

*“En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”*¹²⁵

O Código de Processo Penal italiano, em seu art. 191, estabelece que *“Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate.”*¹²⁷

A Constituição Portuguesa, por sua vez, dispõe em seu art. 32.8 que “São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.” No mesmo sentido, o Código de Processo Penal Português estabelece em seu art. 126:

“1 - São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.

3 - Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.

¹²⁴ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015. p. 60-61

¹²⁵ Tradução: Em todo tipo de procedimento se respeitarão as regras da boa-fé. Não surtirão efeito as provas obtidas, direta ou indiretamente, violando os direitos ou liberdades fundamentais. ¹²⁷

Tradução: As provas obtidas em violação das proibições estabelecidas por lei não podem ser utilizadas.

4 - Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constituir crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo.”

O Código de Processo Penal Holandês expressa em seu art. 359 que quando tenham sido violadas determinadas regras procedimentais, no curso da investigação preliminar se abre, durante o julgamento, um amplo espectro de atuações que vão desde a sanação até a suspensão, passando pela compensação ao acusado, mediante uma redução da pena, em virtude de um arbítrio judicial, aplicando-se a ponderação de interesses conflitivos.¹²⁶

Percebe-se que os países acima esgaravados, salvante a Inglaterra e a França, convergem no sentido de caracterizarem como infensas ao direito as provas obtidas de forma ilícita, não admitindo-as no processo. No entanto, alumia-se da análise do direito norte-americano e do alemão que essa regra foi flexibilizada a depender do caso concreto, admitindo-a em determinadas situações, colimando obstar a injustiça que poderia levar a aplicação rigorosa do cânone aqui discutido.

5 A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO QUANDO PRODUZIDAS PELA VÍTIMA

¹²⁶ ARMENTA DEU, Teresa. A prova ilícita: Um estudo comparado. Tradução de Nereu José Giacomolli. 2ª ed. São Paulo. Marcial Pons. 2011. p. 48

Chega-se aqui no ponto fulcral do presente trabalho. Seria possível, no cerne do processo penal brasileiro, se admitir as provas obtidas ilicitamente, em desfavor do acusado, quando forem produzidas pela vítima?

Entendo que a resposta é afirmativa, a depender do caso concreto. Não seria de bom alvitre imiscuir na seara brasileira o disposto pela já supracitada legislação francesa e inglesa (item 3.7), que admitem a utilização de todas as evidências ilicitamente obtidas, punindo-se os responsáveis. Coadunando com o entendimento de Pacelli¹²⁷, abrir-se-ia temerários incentivos às práticas de ilegalidades, haja vista o cotejo que se faria entre a possível baixa punição do produtor da prova, e a condenação do réu, podendo aquele analisar que o custo-benefício da prisão deste será maior do que a punição em função da prova inconcessa. Tal fato resultaria em uma assaz elevada falta de escuda dos direitos fundamentais.

De outro lado, não entendo que a prova deverá ser considerada irrita em toda e qualquer situação. Haverá situações empíricas que clamará pela utilização de tais evidências, sob pena de também acarretar uma proteção deficiente de direitos fundamentais da vítima.

Traz-se à baila, a título exemplar, decisão do Pretório Excelso no RE nº 251.445/GO, de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello, cuja ementa é abaixo transcrita, *ipsis literis*:

“EMENTA: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRAFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA

DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI).

- A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas,

¹²⁷ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 380

uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites éticojurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal.

- A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.

- Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído.

No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina.

GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES

PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOUTRINA.

- Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas.
- Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI). A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público, sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência probatória que vier a ser executada em tal local.”¹²⁸

Tratava-se de fato que envolvia crimes de abuso sexual contra menores, inclusive com registro e manutenção de fotografias pornográficas, que foram obtidas a partir da violação de domicílio do suposto autor dos fatos, conforme se aclara do abaixo disposto:

“No caso, consoante registram os autos (fls. 06) e conforme atesta a própria sentença proferida em primeira instância (fls. 447), as fotografias - que constituem a prova material do delito tipificado no art. 241 da Lei nº 8.069/90 - foram entregues à Polícia pelo menor Francisco Brito Correia (fls. 10), a quem se atribuiu a autoria do furto do álbum fotográfico em questão.”¹²⁹

¹²⁸ RE nº 251.445/GO, rel. Min. Celso de Mello. DJU de 03/08/2000

¹²⁹ RE nº 251.445/GO, rel. Min. Celso de Mello. DJU de 03/08/2000

A Corte entendeu que as provas não deveriam ser admitidas no processo pelo fato de serem obtidas a partir de invasão domiciliar.

Permissa Vênia, entendo que o posicionamento dos Ministros da Egrégia Corte não se deu corretamente. Em determinadas hipóteses concretas haverá disputa entre direitos fundamentais das vítimas e do acusado, devendo estes serem sopesados a depender do caso empírico.

O caso *sub examine* é de graudíssima gravidade, haja vista se tratar de crime de abuso sexual contra menores. Ora, é consabido que crimes de abusos sexuais acarretam graves consequências psicológicas nas vítimas, que a acompanharão pelos restos de suas vidas. Ver que seu agressor continua livre, mesmo havendo provas contra ele, que só não foram abarcadas pelo processo porquanto obtidas pela vítima, que, muitas vezes pelo desespero, ao perceber a incúria do estado, obtêm a evidência si mesma, em nada atenua o sofrimento psicológico desta, mas, pelo contrário, até o aumenta.

Não se pode olvidar que a integridade psíquica é direito fundamental do cidadão, malgrado não previsto expressamente em nossa Carta Magna. Nessa senda, áulico de Info Wolfgang Sarlet, *in verbis*:

“Conforme já referido, a Constituição Federal não reconheceu de modo expresse e direto um direito à integridade física ou corporal como direito autônomo, muito embora não se questione que, na condição de elemento essencial à dignidade da pessoa humana e identidade e integridade pessoal, a proteção da integridade corporal (física e psíquica) assume a condição de direito fundamental da mais alta significação.”¹³⁰¹³¹

Ademais disso, o art. 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

Ora, não há de se afirmar que a integridade psíquica de vítima de abusos sexuais estará sendo abroquelada quando, em função da incúria dos órgãos estatais nas

¹³⁰ SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional.

¹³¹ 3ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017. p. 467

investigações penais, estes não conseguiram encontrar as provas que comprovam o delito, provas estas sabidas existentes porquanto achadas pela vítima. Ao realizar um sopesamento entre o direito à integridade psíquica e o direito de não ser condenado com estribo em prova ilícita, não vejo como possa prevalecer este último.

Já foi explicitado que nenhum direito fundamental é absoluto (item 2.1.4) e, destarte, o direito a não ser condenado com arrimo em prova inconcessa também não o pode ser. Assim, deve-se utilizar-se do princípio da proporcionalidade para se decidir qual direito fundamental deve prevalecer no caso concreto. Ora, se utilizando desse princípio, não se pode sobrepujar o direito do acusado, que se sabe culpado por abuso sexual e, conseguintemente, sabidamente periculoso à sociedade, deixando-o impune em prejuízo da integridade psíquica da vítima e do direito à segurança de todos as outras pessoas. Seria claramente uma proteção deficiente de direitos fundamentais (item 2.1.5.1), que também não pode ser permitido em um Estado Democrático de Direito.

De fato, existem estudos que comprovam que abusos sexuais geram nas vítimas consequências psicológicas das mais severas. Nessa senda:

“Conforme Goicoechea e colaboradores (2001), as consequências do abuso sexual, podem ser divididas em duas partes, consequências em curto prazo e em longo prazo. Os autores consideram como consequências físicas em curto prazo: hábitos alimentares, pesadelos, insônia e o não controle intestinal. Como comportamentais, ela cita: fuga, abuso de álcool e drogas, hiperatividade e baixo rendimento escolar. Os problemas sexuais, sociais e emocionais para autora são: ansiedade, medo generalizado, depressão, baixa autoestima, síndrome de stress pós-traumático, rejeição do próprio corpo, masturbação compulsiva, retraimento social, déficit em habilidades sociais, problemas com a identidade sexual, entre outras. De acordo com os autores, embora não haja nenhum quadro diferencial, que demonstre as consequências causadas por causa do abuso, tais experiências continuam incluídas na vida dos abusados. Eles enumeram algumas consequências em longo prazo, tais como: transtornos psicossomáticos, desordem alimentar (especialmente bulimia), dificuldade para expressar os sentimentos, fobias

sexuais, probabilidade de entrar na prostituição, dificuldades com vínculos afetivos, dificuldade para ter relações sexuais, isolamento dentre outras. Supõem também que o papel da família é importante na recuperação do indivíduo, e que a mesma deve dar atenção primordial ao abusado, para que o recupere das consequências em curto ou longo prazo.

Para Gouveia (2006), as consequências comuns em ambos os sexos são: isolamento, prostituição, disfunções sexuais, sentimento de estigmatização, sentimento de culpabilidade, perda de confiança em si mesmo, ansiedade etc. Silva (1998) cita alguns indicadores físicos, psicológicos e comportamentais. Considera indicadores físicos: lesões diversas, gravidez, doenças sexualmente transmissíveis, doenças somáticas etc. Aponta alguns comportamentos, tais como: insinuação de atividade sexual, comportamento agressivo/antissocial ou ativo, compreensão detalhada e inadequada a respeito de comportamentos sexuais, fraco relacionamentos com pares, incapacidade de concentração na escola dentre outros. Nos indicadores psicológicos, pode-se observar a culpa, vergonha, tristeza, ambivalência, desordem psicológica, insegurança, impotência / desamparo, medo, aversão sexual, irritação, depressão, ansiedade etc.”¹³²

Os distúrbios psicológicos também podem ser alumiados na seguinte notícia publicada pelo G1, que diz respeito a uma estudante de 21 anos que foi abusada pelo padrasto durante 9 anos. A menina afirma que irá fazer faculdade domiciliar porquanto não possui condições de estudar em unidade física, haja vista seu medo de estar sempre em um lugar onde as pessoas podem saber onde está, onde tem uma rotina, porque tem medo de seu padrasto ter contatos fora da prisão e alguém lhe fazer mal. Ademais disso, além do acompanhamento psicológico, a jovem também tem recebido assistência ginecológica, por conta dos vários abortos forçados que fez, induzida e agredida pelo padrasto, desde que tinha 12 anos. Além disso, a jovem conta que após ter feito a

¹³² Disponível em: <https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/traumas-resultantesdo-abuso-sexual-infantil/24679>. Acessado em 13/03/2019 às 11:28h

denúncia, a Justiça concedeu uma medida protetiva para que Thiago não se aproximasse dela e nem da mãe e da irmã. No entanto, antes de ser preso, ele descumpriu a medida que o obrigava a ficar distante das vítimas por no mínimo, 300 metros. A jovem conta ainda que ele foi até a casa dela e destruiu provas, antes do cumprimento de um mandado de busca e apreensão.¹³³

Percebe-se do relato da jovem o medo que a mesma ainda tem, conquanto o abusador já esteja preso. Imagina o medo que a vítima possui quando o criminoso esteja em liberdade.

É possível, conseguintemente, imaginar hipóteses em que a vítima, ao perceber a incúria dos órgãos estatais em obter provas de comprovação do crime, em seu desespero atua ao arrepio da lei, obtendo estas evidências. Nestes casos, não deve prevalecer o direito de não ser condenado com arrimo em provas ilícitas. Deve-se sobrepujar em hipóteses tais o direito à integridade psíquica e à segurança da vítima.

Não obstante o caso aqui analisado diga respeito à abusos de menores, a premissa aqui posta diz respeito à análise do caso concreto. Assim sendo, havendo provas obtidas ilicitamente pela vítima, o juiz deverá aferir, a partir do caso empírico, qual direito deve prevalecer. A título exemplar cita-se possível prova obtida ilicitamente por mulher vítima de estupro, também gerador de graúdas consequências psicológicas. Entendo que neste caso também poderá a prova ser admitida para estribar condenação do estuprador.

Consigna-se que não são todos os casos em que a prova obtida ilicitamente pela vítima deverá ser utilizada no processo. A depender do crime cometido, o juiz, se utilizando do princípio da proporcionalidade, poderá entender que o direito fundamental da vítima não sobrepuja o direito fundamental do acusado à liberdade e de não se ver condenado sobraçado em provas ilícitas. Afinal de contas, não existem direitos fundamentais absolutos, e os direitos fundamentais são também direcionados aos particulares, devendo por estes serem respeitados.

Destarte, conclui-se que, analisando a doutrina dos direitos fundamentais no Brasil, há sim a possibilidade de as provas inconcessas, quando forem produzidas pela

¹³³ Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/03/13/um-mes-apos-prisao-depadra-estupro-jovem-fala-sobre-seguranca-minhas-dores-va-sarar-feridas-de-outrasmeninas.ghtml>. Acessado em 13/03/2019 às 11:51h

vítima, serem admitidas no processo penal, podendo, conseguintemente, lastrear possível condenação do acusado. Tal fato deverá ser aferido pelo juiz a depender do caso concreto. Não pode sempre prevalecer a inadmissibilidade das provas ilícitas, mas também não é de bom alvitre admitir a utilização de todas as provas ilícitas quando forem produzidas pela vítima, porquanto teria como consectário uma ampla abertura de possibilidades de desrespeito a direitos fundamentais do acusado.

Assim, o juiz, sopesando, no caso concreto, a gravidade do crime, bem como as possíveis gravíssimas consequências que resultarão, para a vítima, da liberdade do acusado, deverá chegar à conclusão que entender correta, seja admitindo a prova obtida ilicitamente, seja negando-a e, automaticamente, considerando-a írrita. Nessa senda, se atenuaria o rigor da vedação das provas obtidas ilicitamente, se aproximando um pouco do modelo holandês (item 3.7), que admite um amplo espectro de atuação do juiz, tendose em consideração o caso empírico.

6 CONCLUSÃO

A prova é tema de suma importância no direito processual. É direito fundamental do acusado, abarcando o contraditório e à ampla defesa, o direito ao juiz natural, o direito de ser processado e condenado com base em prova ilícita, o direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela lei.

Sua função é demonstrar ao juiz uma verdade histórica, com escopo de moldar a convicção do julgador sobre o que efetivamente ocorreu no caso concreto.

Como direito fundamental do acusado e fitando inibir arbitrariedades por parte do Estado na persecução penal, o ordenamento jurídico brasileiro proíbe a utilização, no processo, de provas obtidas ilicitamente, considerando-a irrítas.

No entanto, é pacífico, hodiernamente, o entendimento de que nenhum direito fundamental possui caráter absoluto. Havendo conflitos entre direitos fundamentais no caso concreto, deve-se utilizar do princípio da proporcionalidade para se aferir qual deve prevalecer.

Nessa senda, a jurisprudência alemã engendrou a aplicação do princípio da proporcionalidade também para o tema das provas ilícitas, atenuando o rigor de suas nulidades. No direito comparado, há diferentes entendimentos sobre a questão. Há países que admitem as provas ilícitas em qualquer situação, punindo-se seus responsáveis. De outra parte, há países que não admitem em situação alguma. A Holanda, por sua vez, determina que o juiz deverá aferir a aceitação ou exclusão da prova ilícita, a depender do caso concreto.

A Suprema Corte brasileira pacificou o entendimento de que as provas inconcessas devem sempre ser admitidas no processo quando forem em favor do acusado.

A questão da admissão dessas provas quando em desfavor do acusado, no entanto, não é de pacífica concordância. O Pretório Excelso apenas as admite quando esteja presente uma exclusão de ilicitude.

Entretanto, acredito ser possível, tendo-se em mente o caráter não absoluto dos direitos fundamentais, uma ampliação do espectro de possibilidades de admissão de provas ilícitas, quando estas forem produzidas pelas vítimas, quando em desfavor do acusado. O rigor dessa regra não deve baldar situações empíricas de conflitos de direitos

fundamentais, nos quais o da vítima deve sobrepujar. Caberá, conseguintemente, ao juiz, analisando o caso concreto, se utilizando do sopesamento, decidir qual direito deve prevalecer, seja o da vítima, seja o do acusado. Não é de bom alvitre se admitir que toda e qualquer prova inconcessa obtida por aquela seja utilizada no processo, o que abriria grande insegurança jurídica. Lado outro, também não pode-se conceber regra absoluta que proíba toda e qual prova inconcessa. O Direito apenas positiva situações abstratas, não tendo como se prever todas situações concretas que serão açambarcadas pela norma. Destarte, deve ficar ao julgamento do juiz a melhor solução para o caso empírico, como previsto no ordenamento holandês.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. “Kollision und Abwägung als Grundproblem der Grundrechtsdogmatik”. palestra proferida na Fundação Casa Rui Barbosa. Rio de Janeiro. 10-12-1998. In

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993. In MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

ALEXY, Robert. Theorie der Grundrecht. Frankfurt am Main [s.n]. 1986. In MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. Coimbra. Almedina. 1987.

ARMENTA DEU, Teresa. A prova ilícita: Um estudo comparado. Tradução de Nereu José Giacomolli. 2ª ed. São Paulo. Marcial Pons. 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 9. ed. São Paulo. Malheiros. 2009 in SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 6ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2015.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas: Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo. Martin Claret. 2014.

CANOTILHO, J.J Gomes. Direito constitucional. Coimbra. Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 24ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017

DA SILVA, César Dario Mariano. Provas Ilícitas. 2ª ed. São Paulo. Universitária de Direito. 2001.

DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge. Massachussets. Harvard University Press. 1978. In MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, V.II. Rio de Janeiro. Borsoi. 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Nulidades no Processo Penal. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992.

HOBSBAWN, Eric J.. A Era das Revoluções. 39ª ed. São Paulo. Paz e Terra. 2017.

LAVIÉ QUIROGA, Humberto. Derecho Constitucional. Buenos Aires. Depalma. 1993. in MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo. Atlas. 2018.

LOCKE, John. Segundo Tratado do Governo Civil. Editora Vozes. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. A lógica das provas em matéria criminal. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas. LZN Editora, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34ª ed. São Paulo. Atlas. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1997.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª ed. São Paulo. Atlas. 2017.

PRADO, Leandro Cadenas. Provas Ilícitas – Teoria e interpretação dos Tribunais Superiores. 2ª ed. Niterói/RJ. Impetus. 2009.

SARLET, Info Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo. Saraiva. 2017.

<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/traumas-resultantes-doabuso-sexual-infantil/24679>. Acessado em 13/03/2019 às 11:28h

<https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/03/13/um-mes-apos-prisao-de-padrasto-porestupro-jovem-fala-sobre-seguranca-minhas-dores-vaio-sarar-feridas-de-outrasmeminas.ghtml>. Acessado em 13/03/2019 às 11:51h

