

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

FELIPE TEIXEIRA SCHWAN

**OS LIMITES DO PODER ESTATAL NO EXERCÍCIO DO *IUS
PUNIENDI* E A GARANTIA CONTRA A IMPUNIDADE: a questão
do uso da prova ilícita no processo penal brasileiro**

VITÓRIA
2011

FELIPE TEIXEIRA SCHWAN

OS LIMITES DO PODER ESTATAL NO EXERCÍCIO DO *IUS PUNIENDI* E A GARANTIA CONTRA A IMPUNIDADE: a questão do uso da prova ilícita no processo penal brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito.
Orientador: Dr. Adriano Sant’Ana Pedra

VITÓRIA
2011

FELIPE TEIXEIRA SCHWAN

OS LIMITES DO PODER ESTATAL NO EXERCÍCIO DO *IUS PUNIENDI* E A GARANTIA CONTRA A IMPUNIDADE: a questão do uso da prova ilícita no processo penal brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr.
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte inesgotável de proteção e sabedoria, por me acompanhar em todas as horas, iluminando e abençoando a minha trajetória.

Aos meus queridos pais e irmãos, pelo amor, pelos conselhos, pelos exemplos, por tudo. Sei que os tenho juntos a mim, apesar da distância que separa nossas cidades.

À minha grande companheira e, em breve, esposa, pelo incansável incentivo, pelo carinho e pelo amor de sempre.

À professora, chefe e amiga Andréa Rocha, sem o apoio de quem certamente não conseguiria tornar real o sonho do mestrado.

Aos amigos conquistados ao longo do curso de mestrado, na pessoa de Bruno Gomes Borges da Fonseca, pelo salutar auxílio nos diversos momentos de dificuldade.

À FDV, por me permitir adquirir novos conhecimentos e me fazer continuar acreditando que é possível termos uma sociedade mais justa e humana.

Ao meu orientador, Dr. Adriano Sant'Ana Pedra, pela paciência e pela atenção dispensadas a mim durante o desenvolvimento deste trabalho, sempre tecendo sábias e importantes observações, que muito contribuíram para esta pesquisa.

"Basta ao corpo social que os culpados sejam geralmente punidos, pois é seu maior interesse que todos os inocentes sem exceção sejam protegidos".

Lauzé Di Peret

RESUMO

Esta pesquisa analisa a possibilidade da admissão do uso de provas ilícitas no processo penal brasileiro, como forma de garantir efetivo combate à impunidade, quando forem as únicas capazes de demonstrar a existência do delito e/ou a sua autoria. Parte da ideia de que o Estado Moderno foi instituído com a finalidade precípua de trazer segurança social para os cidadãos, os quais renunciaram ao direito à autotutela, transferindo para aquele o monopólio do exercício do *ius puniendi*, passando, desde então, o ente estatal a deter o dever de prover a segurança pública. Trata das duas faces do garantismo penal, vinculadas à dupla dimensão dos direitos fundamentais, procurando superar a noção errônea, mas muito difundida, de que a teoria do garantismo penal, que tem em Luigi Ferrajoli o seu maior expoente, buscaria defender, com exclusividade, os direitos fundamentais individuais dos que sofrem a imputação penal, sem se preocupar com os direitos fundamentais coletivos e difusos. Aborda, ainda, a importância das provas para o processo penal, apresentando o conceito, a finalidade e a classificação das mesmas, dando realce para as provas classificadas como ilícitas e para algumas das teorias que versam sobre a (in)admissibilidade destas. Continuando em busca de resposta para o objeto proposto, a presente pesquisa enfrenta o conflito entre os postulados constitucionais da vedação ao uso de provas ilícitas - artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal - e da segurança pública - artigo 5º, *caput*, e artigo 144, da Constituição Federal -, atentando-se, principalmente, para os perigos da aplicação do princípio da proporcionalidade, na tentativa de superar esse embate, e para os paradigmas que fundamentam o Estado Democrático de Direito e a doutrina do garantismo penal integral.

Palavras Chave: Garantismo Penal. Segurança Pública. Prova ilícita.

RESUMEN

Esta investigación examina la posibilidad de admisión de la utilización de pruebas ilegales en los procesos penales brasileños, con el fin de garantizar la lucha efectiva contra la impunidad, cuando son las únicas capaces de demostrar la existencia de un delito y/o de su autoría. Parte de la idea de que el Estado Moderno se estableció principalmente con el propósito de traer seguridad social a los ciudadanos, que han renunciado al derecho de autotutela, transfiriendo al aquél el monopolio del ejercicio del ius puniendi, de paso, ya que el ente estatal a deter el deber de proporcionar seguridad pública. Trata de las dos partes del garantismo penal, en relación con la doble dimensión de los derechos fundamentales, procurando superar la noción equivocada, pero generalizada, que la teoría del garantismo penal, que tiene en Luigi Ferrajoli su máximo exponente, buscaría defender con exclusividad, los derechos individuales fundamentales de los que sufren la carga penal, sin tener que preocuparse acerca de los derechos fundamentales de forma colectiva e difusa. Aborda también la importancia de las pruebas para el proceso penal, presentando el concepto, finalidad y su clasificación, con énfasis en las pruebas clasificadas como ilegales, y para algunas de las teorías que se ocupan de la (en)admisibilidad de estas. Continuando con la busca de respuestas al objeto propuesto, esta investigación enfrenta a el conflicto entre los principios constitucionales de la prohibición para el uso de pruebas ilegales - artículo 5, LVI de la Constitución Federal - y de la seguridad pública - artículos 5, caput, y 144 de la Constitución Federal - prestando atención, principalmente, a los peligros de aplicar el principio de proporcionalidad, en un intento de superar esta lucha, y a los paradigmas que subyacen en el Estado Democrático de Derecho y la doctrina del garantismo penal integral.

Palabras clave: Garantismo Penal. Seguridad Pública. Pruebas Ilegales.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O DIREITO DO ESTADO DE PUNIR E O GARANTISMO PENAL INTEGRAL	17
1.1 O SURGIMENTO DO <i>IUS PUNIENDI</i> ESTATAL EM BUSCA DA SUPERAÇÃO DA INSEGURANÇA SOCIAL	17
1.2 A TEORIA DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL	21
1.2.1 GARANTISMO PENAL NEGATIVO	23
1.2.1.1 Axioma da retribuição penal	25
1.2.1.2 Axioma da legalidade	27
1.2.1.3 Axioma da necessidade	29
1.2.1.4 Axioma da lesividade	31
1.2.1.5 Axioma da materialidade da ação	32
1.2.1.6 Axioma da culpabilidade	34
1.2.1.7 Axioma da jurisdicionariedade	35
1.2.1.8 Axioma acusatório	37
1.2.1.9 Axioma do ônus da prova	38
1.2.1.10 Axioma do contraditório	39
1.2.2 GARANTISMO PENAL POSITIVO	42
2 A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	55
2.1 A INDISPENSABILIDADE DAS PROVAS PARA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL	55
2.2 CONCEITO E FINALIDADE DAS PROVAS	57
2.3 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS	61
2.3.1 Provas lícitas e provas ilícitas	61
2.3.2 Provas ilícitas por derivação: a teoria dos frutos da árvore envenenada	66
2.3.2.1 Teoria da fonte independente	69

2.3.2.2 Teoria da descoberta inevitável	71
2.4 OUTRAS TEORIAS ACERCA DA (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA	73
2.4.1 Ilícitude praticada por particular	73
2.4.2 Encontro fortuito de provas.....	76
2.4.3 Prova ilícita <i>pro reo</i>	77
3 GARANTISMO PENAL NEGATIVO E GARANTISMO PENAL POSITIVO: O CONFLITO ENTRE OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E DO DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA	80
3.1 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS PERIGOS DA DISCRICIONARIEDADE E DA SUBJETIVIDADE CONFERIDAS AO JULGADOR	82
3.2 AS PROVAS ILÍCITAS E OS POSTULADOS DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL	93
CONSIDERAÇÕES FINAIS	105
REFERÊNCIAS	110

INTRODUÇÃO

Depois de o Brasil vivenciar um longo período histórico marcado pelo autoritarismo militar, durante o qual diversas atrocidades foram cometidas por parte do Estado contra os direitos fundamentais dos cidadãos, a Constituição Federal de 1988, redigida já sob o processo de redemocratização, procurou imprimir nova roupagem a esses direitos, impondo, para tanto, limites ao ente estatal. Trata-se da adoção do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Fixado nas diretrizes inerentes a esse modelo, o constituinte decidiu restringir vários poderes do Estado, incluindo aquele vinculado ao exercício do *ius puniendi*, vale dizer, ao poder que ele possui de investigar e impor sanções penais aos transgressores do direito.

Dentro desse contexto, a referida Carta Republicana, em seu artigo 5º, inciso LVI, vedou a utilização de provas obtidas por meios ilícitos - doravante denominadas de provas ilícitas -, impedindo, especificamente no campo do Direito Penal e do Direito Processual Penal, a condenação dos acusados pela prática de delitos, quando as provas produzidas, ao longo do processo, não estiverem em perfeita consonância com os ditames da lei.

Por outro lado, o mesmo Texto Constitucional colocou a segurança entre os valores supremos elencados desde o seu preâmbulo e também a integrou entre os direitos fundamentais e invioláveis que devem ser assegurados a todas as pessoas, conforme prescrito no *caput* do seu artigo 5º.

Previsto em diferentes excertos da Constituição Federal, é certo que o termo “segurança” pode contemplar, dentro dela, diversos significados¹. Todavia, para o

¹ Sobre as várias concepções que o termo segurança pode assumir na Constituição Federal brasileira ver GUSSI, Evandro Herrera Bertoni. **A segurança na constituição**. 2005. Dissertação (Programa de Pós Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: < <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/8782/000588871.pdf?sequence=1> >. Acesso em: 23 mai. 2011.

presente trabalho dissertativo, interessa analisá-lo enquanto sinônimo de “paz social”, a qual se entende que foi traduzida pelo constituinte de 1988 no corolário da segurança pública.

Estatuída no artigo 144 da atual Carta Política brasileira, como direito de todos² e dever do Estado, a segurança pública envolve as preocupantes temáticas da criminalidade e da dificuldade enfrentada pelo aparelho estatal no combate dos delitos, principalmente, daqueles que mais afetam a tranquilidade social sem deixar pistas para a sua elucidação.

É indiscutível que o Estado precisa ser equipado com instrumentos que o permitam realizar a sua árdua missão de executar medidas efetivas no combate à criminalidade, de modo a possibilitar a concretização do direito fundamental à segurança pública.

Contudo, é cediço que, para o ente estatal punir autores de ilícitos criminais, é indispensável a instauração de processos judiciais específicos, nos quais fique comprovado, de forma inequívoca, que eles cometeram o delito apontado pela acusação.

Portanto, a fim de que ocorra a cominação de sanções penais àqueles que praticaram fatos ilícitos definidos como crimes, é imprescindível que o Estado, na figura do juiz, forme a sua convicção acerca da existência do delito - ao que se denomina de materialidade delitiva -, bem como de sua autoria, o que é propiciado por meio da instrução probatória.

Até mesmo para que os processos criminais possam ser inaugurados, é imperativo que exista prova da materialidade do delito e, ao menos, indícios de que o acusado seja o autor desse ilícito criminal, evitando-se a formulação de acusações temerárias.

² O artigo 144 da Constituição Federal também deixa expresso que a segurança pública é “responsabilidade de todos”, o que, entretanto, não será enfrentado nesta dissertação por extrapolar os limites a ela propostos.

É possível verificar, desde logo, a importância da investigação criminal e da respectiva produção de provas para que o Estado possa exercer o *ius puniendi* e cumprir com o seu dever de garantir proteção ao direito fundamental de todos os cidadãos à segurança pública.

Podem acontecer, contudo, situações nas quais a única prova encontrada acerca da existência do delito e/ou da participação do acusado nesse evento criminoso tenha sido obtida em desconformidade com a legislação vigente e, por isso, seja considerada ilícita. Nesse caso, inobstante a comprovação de que o acusado é culpado pela ocorrência do crime, ele ficará impune, na hipótese de aquela prova não ser aceita para justificar a prolação de uma sentença penal condenatória.

No decorrer do presente trabalho dissertativo, será visto que, na doutrina brasileira, é praticamente unânime o entendimento no sentido de a prova ilícita poder ser utilizada em defesa dos réus. Todavia, o emprego dessa mesma espécie de prova para a condenação dos acusados é rechaçada não apenas pela doutrina majoritária, como também por grande parte dos Tribunais Pátrios.

Muitos daqueles que não aceitam a utilização de provas ilícitas, para fundamentar a imposição de sanções penais, pautam-se nas premissas da teoria do garantismo penal, como se esta visasse proteger exclusivamente os direitos fundamentais dos indivíduos que são investigados, processados e punidos.

No entanto, será demonstrado que a teoria do garantismo penal também abrange um enfoque positivo. Em outras palavras, o garantismo penal, além de apregoar que os direitos fundamentais dos suspeitos, dos acusados e dos condenados sejam fielmente seguidos - garantismo penal negativo -, preceitua que o Direito Penal e o Direito Processual Penal se preocupem, ao mesmo tempo, em assegurar efetiva proteção aos direitos fundamentais difusos, notadamente, o direito à segurança pública.

Será mostrado, ainda, nesta pesquisa, que esse viés positivo do garantismo penal está atrelado à dimensão objetiva dos direitos fundamentais - sem desprezar a sua dimensão subjetiva, voltada para a defesa individual contra os excessos estatais -,

da qual decorre, dentre outros aspectos, o dever de proteção do Estado, representado no princípio da vedação à proteção insuficiente.

O debate que esta dissertação procura estabelecer passará pela discussão do referido princípio, que precisa ser observado tanto no momento de elaboração quanto no de interpretação e de aplicação da lei penal, de modo que a imprescindibilidade da repressão às ações criminosas receba a mesma atenção conferida à defesa dos direitos individuais dos suspeitos, dos acusados e dos apenados.

Afinal, não se pode olvidar que o elevado índice de criminalidade existente na sociedade brasileira, conforme notícia diuturnamente a imprensa nacional³, fomenta o anseio de todos os cidadãos no sentido de que ocorra um eficaz combate dos delitos.

Do contrário, a impunidade de criminosos - principalmente os de elevada periculosidade e os que ostentam boas condições econômicas, que lhes permitem esquivar-se da ação estatal - ao mesmo tempo em que gera um descrédito em relação ao Poder Judiciário, acarreta na descrença da população na lei penal como instrumento de garantia da segurança social.

Justifica-se, com isso, a relevância dos estudos científicos de alternativas que possam ser empregadas no combate à impunidade, assegurando, por consectário lógico, a proteção ao aludido direito fundamental à segurança pública, prescrito nos artigos 5º, *caput*, e 144 da Constituição Federal brasileira de 1988.

Nessas pesquisas que objetivam encontrar soluções para evitar a impunidade de culpados e garantir a segurança dos cidadãos, um ponto que não pode deixar de ser

³ Não se ignora a discussão acerca da credibilidade que pode ser atribuída à mídia, principalmente, em relação à influência sobre o sentimento de insegurança da população. Sobre o tema v. CARVALHO, Raphael Boldt de. **Mídia, legislação penal emergencial e direitos fundamentais**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, 2009. Disponível em: <<http://mestrado.fdv.br/dissertacoes/Raphael%20Boldt%20de%20Carvalho.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

abordado é o da vedação ao uso da prova ilícita nos casos em que for a única capaz de demonstrar a prática do crime e/ou a sua autoria.

Apesar de a proibição ao uso de provas ilícitas no processo penal brasileiro decorrer da inegável necessidade de impor limites ao poder estatal no exercício do *ius puniendi*, protegendo-se os direitos fundamentais individuais dos investigados e acusados, não se pode esquecer que o direito à segurança dos cidadãos afetados pela prática de crimes também deve ser igualmente respeitado, com especial relevo, nos casos de delitos que violam bens jurídicos de índole transindividual, vitimando toda a sociedade.

Assim, a presente dissertação objetiva responder ao seguinte questionamento: considerando o atual paradigma do Estado Democrático de Direito, que impõe limites ao exercício do *ius puniendi*, é possível admitir o uso da prova ilícita no processo penal quando for a única capaz de demonstrar a prática de uma conduta criminosa e/ou a sua autoria, permitindo-se ao Estado combater a impunidade e cumprir com o seu dever de proteção ao direito fundamental à segurança pública?

Em busca da resposta a essa indagação, partir-se-á das ideias de Luigi Ferrajoli, sintetizadas na obra “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”, que é considerada, por muitos, como sendo o principal marco da teoria garantista.

No desenvolvimento dessa temática, será empregado o método dialético, tendo em vista que a partir da análise da norma contida no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, serão abordados argumentos favoráveis e contrários à proibição por ela imposta.

O método dialético parte da premissa de que tudo está em constante movimento, possibilitando a ruptura com um pensamento dominante e a consequente construção de um novo conhecimento científico, por meio do embate entre posições contrárias, realizado dentro de um processo ininterrupto.

Inobstante o dispositivo legal estudado nesta pesquisa tratar de uma cláusula pétrea - o que o torna formalmente imutável⁴ sob a ótica da atual ordem constitucional - e que o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante é no sentido de não se admitir a utilização de provas ilícitas na fundamentação de sentenças penais condenatórias, a pesquisa verificará a possibilidade de se romper com essa posição, especialmente, quando a prova ilícita for a única a demonstrar a prática de ilícitos criminais.

Considerando-se que esta dissertação propõe-se a realizar um processo de desconstrução e reconstrução de uma questão que para muitos já se encontra dogmatizada, permitindo-se, quiçá, a construção de um novo conhecimento científico, resta justificada a utilização do método dialético.

Em relação à técnica de pesquisa, empregar-se-á a técnica de documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica, que será realizada, sobretudo, na doutrina, em artigos científicos, na jurisprudência, em teses e em dissertações que versam sobre o presente objeto de investigação.

Utilizando-se do referido método e da aludida técnica de pesquisa, no primeiro capítulo, serão analisados os limites impostos ao Estado no exercício do *ius puniendi*, em especial, os dez axiomas que compõem a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Ainda nesse capítulo, apresentar-se-á a outra face do garantismo penal, o garantismo penal positivo, alcançando a discussão sobre o princípio da vedação à proteção insuficiente, vinculado ao dever estatal de proteção dos direitos fundamentais difusos e coletivos.

No segundo capítulo, serão abordados o conceito, a finalidade e a classificação doutrinária das provas, realçando sua importância para o processo penal e analisando algumas teorias acerca da (in)admissibilidade das provas ilícitas e daquelas que dela derivam.

⁴ Sobre a possibilidade de mutação constitucional - reforma informal - das cláusulas pétreas, ver PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A constituição viva**: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

Por fim, no terceiro e último capítulo, enfrentar-se-á o conflito entre os direitos fundamentais à inadmissibilidade das provas ilícitas e à segurança pública, procurando verificar a possibilidade de empregar o princípio da proporcionalidade para superar esse embate, sem se esquecer dos paradigmas que compõe a teoria do garantismo penal.

Cumprido esclarecer que não se pretende com a presente dissertação esgotar o tema, mas apenas contribuir para o debate que envolve a controversa questão das provas ilícitas no processo penal brasileiro, de forma que este possa, quem sabe, atingir suas finalidades de modo eficiente sem ignorar os direitos fundamentais dos suspeitos/acusados.

1 O DIREITO DO ESTADO DE PUNIR E O GARANTISMO PENAL INTEGRAL

1.1 O SURGIMENTO DO *IUS PUNIENDI* ESTATAL EM BUSCA DA SUPERAÇÃO DA INSEGURANÇA SOCIAL

O descontentamento com o modelo estruturado no feudalismo, na monarquia absolutista e no poder teocrático da Igreja medieval, incapaz de garantir proteção às liberdades individuais, fez com que os homens vissem a necessidade de romper “[...] com as instituições desacreditadas [...]” e de se unirem em favor da implantação de uma nova ordem política e social (MARCONDES, 2010, p. 201-202).

Desde as antigas teorias políticas, o Estado Moderno foi coroado⁵, então, a partir da autonomia dos próprios homens, enquanto instituição indispensável à consecução e à preservação da segurança social⁶, possibilitando, por conseguinte, a coexistência das aludidas liberdades individuais.

No estado natural apresentado por John Locke (2006, p. 10 e 12), imperava a liberdade e a igualdade entre os homens, que podiam guiar-se por sua própria vontade, desde que respeitados os limites estabelecidos pela lei da natureza, a qual impedia a ofensa a direitos alheios.

Entretanto, quando violada a lei natural, surgia para os indivíduos o direito de castigar o infrator por meio da aplicação de penas proporcionais à transgressão, visando-se evitar a reincidência do ilícito e assegurar a reparação do dano causado (LOCKE, 2006, p. 13-14).

A própria lei natural, que garantia o gozo harmônico dos direitos individuais, ao impedir a submissão de um homem a outro, continha uma exceção, na medida em

⁵ Considerando os limites propostos para esta dissertação, não serão abordados os reais interesses sociais, econômicos e políticos que justificaram a criação do Estado Moderno, mas apenas a principal justificativa utilizada para a sua instituição: garantir a segurança dos cidadãos.

⁶ Luis Recasens Siches (1998, p. 316) destaca que o sentimento de segurança constitui um dos principais desejos sociais básicos dos homens, sendo, inclusive, responsável pela produção do Direito Positivo.

que autorizava o emprego da autotutela, considerando legítima, ainda que de forma excepcional, a deterioração de direitos de terceiros, mais precisamente dos transgressores da lei.

Ocorre que ao invés de restabelecer a paz social, a autotutela é capaz de fomentar a discórdia entre os homens, transformando o estado natural no indesejado estado de guerra, conforme alerta Norberto Bobbio (1998, p. 181):

[...] quem faz a justiça por si mesmo dificilmente consegue ser imparcial e muitas vezes ao responder a uma ofensa excede-se e ofende também. Daí o nascimento de um conflito que pode projetar-se no tempo, degenerando o estado da natureza – tendencialmente pacífico – em estado de guerra.

Para que o estado de guerra não se tornasse uma constante, foi necessária a transferência dos homens do estado natural para a sociedade civil, passando o Estado a deter o poder de julgar e, se preciso, punir os indivíduos que deixassem de observar os deveres e os direitos expressos nas leis.

Em prol da segurança pública⁷, os homens decidiram que era preciso renunciar ao poder de executar a lei natural pelas próprias mãos, constituindo, em comum acordo⁸, um corpo político⁹, que, dali em diante, seria o responsável pela elaboração e aplicação de leis escritas, bem como pela solução das ofensas a estas (LOCKE, 2006, p. 88-89).

Naquele momento da celebração do contrato social, o Estado assumiu, dentre outras funções, o dever de zelar pela segurança de todos os cidadãos, sendo, até hoje, o principal responsável pela preservação da paz social.

⁷ De acordo com Adriano Sant'Ana Pedra e Anderson Sant'Ana Pedra (2009, p. 1720 e 1722), “a segurança pública constitui um mecanismo de tutela institucional que busca preservar a paz, a ordem pública interna e o bem-estar geral [...]. Apresenta-se então a importância da segurança pública: a manutenção da paz social e do equilíbrio das relações sociais.”

⁸ Em que pese Dalmo de Abreu Dallari (2011, p. 21) ressaltar que, na atualidade, prevalece a teoria da sociedade natural - segundo a qual o homem é um ser social por natureza -, prefere-se seguir a teoria contratualista, que define a organização da sociedade como um ato racional e voluntário dos homens.

⁹ Dallari (2011, p. 25) também enfatiza que o Estado Moderno pode ser representado pela figura de “[...] um grande e robusto homem artificial, construído pelo homem natural para sua proteção e defesa.”

Jean-Jacques Rousseau (1998, p. 42) afirma que, ao ratificarem o contrato de mútuas concessões,

[...] em vez de uma alienação, não fizeram (os particulares) senão uma troca vantajosa de um modo de ser incerto e precário por um outro melhor e mais seguro, da independência natural pela liberdade, do poder de prejudicar a outrem pela própria segurança, e de sua força, que outras podiam superar, por um direito que a união social torna invencível.

Assim, ao abdicaram de parte de suas liberdades, unindo-se com o escopo de superar as intempéries do estado de natureza e de receber a garantia de que viveriam em uma sociedade segura, os homens concederam ao Estado o *ius puniendi*, ultrapassando a fase da autotutela, que, como visto, poderia degenerar a paz social.

A partir de sua instituição, o Estado definiu as penas que deveriam ser impostas aos transgressores das leis, acreditando que, com isso, eles não mais voltariam a delinquir, enquanto os demais homens seriam demovidos da ideia de agir em oposição ao que a legislação prescrevia (BECCARIA, 1999, p. 27 e 52).

Discorrendo acerca das espécies de penas, Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 514) assevera que elas constituem “[...] um recurso elementar com que conta o Estado e ao qual recorre, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens”.

O direito de punir atribuído ao ente estatal representa, portanto, um importante instrumento que lhe permite atingir a finalidade pela qual os homens decidiram ter parcela de seus direitos limitada, qual seja, garantir a harmonia social, extirpando o sentimento de insegurança.

Todavia, é mister considerar a possibilidade de o Estado adotar práticas que extrapolam as medidas necessárias para atingir a aludida finalidade, acabando por forjar um sistema penal deturpado, que mais atemoriza do que tranquiliza a população.

Bitencourt (2011, p. 69) ressalta que, até a primeira metade do século XVIII, a legislação criminal europeia era inspirada

[...] em idéias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando os castigos corporais e a pena capital. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a sua condição social.

Enquanto colônia portuguesa, no Brasil, não era diferente. Utilizando-se das premissas expressas nas Ordenações Filipinas, eram aplicadas punições cruéis e, sem qualquer preocupação com o princípio da legalidade, cabia ao julgador escolher aleatoriamente a sanção a ser imposta aos infratores da lei (BITENCOURT, 2011, p. 77).

Naquela época, o Estado, que recebeu dos homens o poder de punir a fim de lhes trazer segurança, empregava o Direito Penal e o Direito Processual Penal para justificar o cometimento de atrocidades, violando direitos humanos que, ao contrário, deveriam ser por ele protegidos.

Ainda nos dias atuais, é comum o próprio ente estatal sobrepor-se às regras que compõem o sistema penal, desconsiderando claramente direitos individuais. Até nos Estados ditos “democráticos”, desde o momento em que as pessoas são apontadas como autoras de crimes, deixam de ser tratadas como cidadãos, embora, mesmo após a condenação, mereçam ter direitos fundamentais preservados.

O Estado, muitas vezes - ou pior, quase sempre -, continua esquecendo-se dos limites impostos pela lei e fazendo do processo penal um verdadeiro suplício, incorporando a ótica da vingança tão bem criticada por Michel Foucault (2007, p. 63):

É preciso que a justiça criminal puna em vez de se vingar.
Essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua “humanidade”.

Acredita-se que a necessidade da imposição de penas àqueles que cometem delitos é indiscutível, mas não se pode aceitar que a aplicação dessas sanções

simplesmente ignore a pessoa do apenado, principalmente pelo fato de ser implementada pelo Estado, cujo dever é o de proteger, indistintamente, todos os cidadãos.

Conforme já aduzia Rousseau (1998, p. 42), “[...] o poder soberano, por mais absoluto, sagrado e inviolável que seja, não ultrapassa nem pode ultrapassar os limites das convenções gerais [...]”, as quais devem servir de freios para indesejáveis arbitrariedades¹⁰.

Em meio a esse contexto, o pensamento garantista surgiu exatamente em oposição aos excessos cometidos pelos regimes estatais totalitários¹¹, que, de maneira insolente, desrespeitavam - e, como dito, ainda desrespeitam - os direitos fundamentais dos cidadãos (FISCHER, 2010, p. 35).

1.2 A TEORIA DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL

A teoria do garantismo penal veio defender que o Estado observe, no decorrer de sua atuação repressiva, as regras prescritas no ordenamento jurídico - em especial, na Constituição -, de modo a não desvirtuar do seu grande objetivo: exercitar o direito de punir que lhe foi outorgado pelos homens a fim de garantir a estes o sentimento de segurança, por meio da pacificação social.

Seguindo as premissas que conduzem o Estado Democrático de Direito, o ente estatal somente está autorizado a cominar penas depois de obedecer a um rigoroso procedimento, cercado de limites expressos em princípios que visam resguardar os direitos fundamentais.

¹⁰ Em encontro do Grupo de Pesquisa da FDV, realizado no dia 18/02/2011, o professor Daury Cesar Fabríz disse que “transferir tudo para o Estado pode levar a tiranias travestidas de democracias” (informação verbal).

¹¹ Mesmo momento histórico do surgimento dos próprios direitos fundamentais, como será mencionado mais adiante.

Essa proteção representa a principal finalidade do garantismo, que, nas palavras de Luigi Ferrajoli (2010, p. 22),

[...] consiste [...] na satisfação dos direitos fundamentais: os quais – da vida à liberdade pessoal, da liberdade civil e política às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses, materiais e pré-políticos, que fundam e justificam a existência daqueles “artifícios” [...] que são o direito e o Estado, e cujo gozo por todos forma a base substancial da democracia.

Diferente do que é afirmado em algumas doutrinas e jurisprudências, a teoria do garantismo penal não é e nem deve ser considerada sinônimo de proteção exclusiva dos direitos fundamentais individuais dos acusados pela prática de crimes, mas de todos os direitos fundamentais acobertados pelo manto da ordem jurídico-constitucional, compondo a denominada teoria do garantismo integral (FISCHER, 2010, p. 26 e 34).

A teoria garantista está, pois, intrinsecamente atrelada à defesa dos direitos fundamentais - sejam eles individuais, coletivos ou difusos -, os quais requerem a imposição de limites ao poder do Estado, aumentando as liberdades pessoais - garantismo negativo -, ao mesmo tempo em que exigem forte atuação do ente estatal, quando se trata da concretização dos direitos fundamentais transindividuais - garantismo positivo.

Margarida Bittencourt da Silva, Nivaldo dos Santos e Helenisa Maria G. de Oliveira Neto (2005, p. 12) aduzem que

[...] a teoria do garantismo penal apresenta elementos capazes de legitimar o poder punitivo estatal, plenamente justificável no plano ético, político e jurídico, apresentando uma resposta à crise de legitimidade do poder de punir em conformidade com os princípios constitucionais de proteção dos direitos fundamentais e garantias penais. A sua proposta de um modelo penal de dupla defesa, da sociedade e da pessoa que pratica um delito, é capaz de minimizar os efeitos negativos decorrentes da aplicação da pena, por meio de instrumentos garantistas que assegurem, de forma efetiva, a dignidade humana, conferindo proteção ao ente social.

São essas duas faces do garantismo penal - garantismo negativo e garantismo positivo - que serão analisadas a seguir, buscando-se extrair delas subsídios para melhor análise do objeto proposto para a presente pesquisa: investigar a

(in)admissibilidade do uso da prova ilícita no processo penal brasileiro para a fundamentação de sentenças condenatórias.

1.2.1 GARANTISMO PENAL NEGATIVO

Luigi Ferrajoli (2010, p. 91), ao dissertar sobre as limitações impostas ao Estado no exercício do *ius puniendi*, afirma que, no prisma do Estado de Direito Moderno, são inadmissíveis as práticas de atos arbitrários e desarrazoados, especialmente, no que concerne à aplicação das sanções.

Com isso, todo sistema penal inserido no aludido modelo de Estado deve se pautar em dez axiomas¹², os quais “foram elaborados, sobretudo, pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal ‘absoluto’” (FERRAJOLI, 2010, p. 91).

Embora tente fazer parecer o contrário, é certo que o Estado não é livre para aplicar as regras atinentes ao sistema penal¹³. Há mais de três séculos foram fixados limites que precisam ser por ele fielmente seguidos, a fim de se evitar a ocorrência de abusos.

Criada no período do iluminismo, o fundamento jusfilosófico dessa limitação do poder estatal advém do paradigma liberal-individualista, como destaca Maria Luiza Streck (2009, p. 32):

Numa concepção de bem jurídico do modelo liberal, os direitos fundamentais surgem como necessários para limitar o poder do Estado, sendo que nesse momento do constitucionalismo representam um conjunto de restrições do Estado para com o indivíduo. É por isso que as primeiras normas relacionadas aos direitos fundamentais são de natureza negativa,

¹² Também denominados por Luigi Ferrajoli (2010, p. 91) de “[...] princípios axiológicos fundamentais [...]”

¹³ Margarida Bittencourt da Silva, Nivaldo dos Santos e Helenisa Maria G. de Oliveira Neto (2005, p. 4) afirmam que “[...] a intervenção penal, imprescindível para a defesa da ordem social, é limitada, condicionada à garantia dos direitos individuais fundamentais da pessoa humana.”

pois impõem uma obrigação de não fazer por parte do Estado, exigindo dele um comportamento omissivo em favor da liberdade individual.

Uma vez incorporados ao ordenamento jurídico - o que, ao menos formalmente, já ocorreu em diversos países, dentre eles o Brasil -, o poder estatal fica vinculado à observância dos referidos axiomas, no momento em que for exercer o direito de punir, submetendo o suspeito/acusado à investigação criminal ou o condenado ao cumprimento de sanções penais.

Assim, de acordo com o modelo garantista, caso o Estado observe de modo efetivo esses axiomas/princípios, a punição cominada é considerada justa e adequada. Por outro lado, ao desrespeitar qualquer um deles, o ente estatal concretiza responsabilizações penais infundadas e incompatíveis com o Estado de Direito.

Segundo o autor italiano (FERRAJOLI, 2010, p. 311), o Direito Penal¹⁴ tem por finalidade precípua a proteção da parte fraca das relações por ele reguladas. Quando da ocorrência de um delito, o Direito Penal visa proteger a vítima lesada pelo ato ilegal do criminoso. Entretanto, no momento do julgamento, cabe a ele proteger também o réu, evitando a aplicação de punições desproporcionais e não precedidas de um processo regular.

Constata-se que Luigi Ferrajoli trabalha com a ideia de Direito Penal mínimo¹⁵, o qual, além de almejar a prevenção dos crimes, busca evitar a imposição de penas sem prévia realização de processos judiciais, nos quais sejam assegurados os direitos individuais do acusado e se obtenha a certeza - ainda que aproximada - de sua culpabilidade.

Ferrajoli não é, todavia, um abolicionista, no sentido de que não defende o fim das punições aos ilícitos criminais, mas sim que aquelas sejam cominadas em acordo com os princípios que compõem o sistema garantista por ele definido. Respeitados

¹⁴ Luigi Ferrajoli utiliza, por diversas vezes, a expressão “Direito Penal” em seu sentido amplo, de forma a abranger tanto as normas penais materiais, quanto as normas penais processuais.

¹⁵ Em lado oposto ao Direito Penal mínimo, tem-se o Direito Penal máximo, que sem ter de respeitar quaisquer limitações, busca a certeza de que nenhum culpado fique impune, ainda que isso possa levar à condenação de inocentes, enquanto aquele, totalmente condicionado, almeja alcançar a certeza de que nenhum inocente seja condenado, mesmo que isso possa implicar na impunidade de culpados (FERRAJOLI, 2010, p. 102-103).

todos os axiomas, ele afirma que “[...] não é lícito deixar de punir” (FERRAJOLI, 2010, p. 104).

É equivocado, portanto, o pensamento ainda difundido de que os paradigmas do garantismo penal representam obstáculos ao combate à criminalidade ou mesmo que incentivam a prática de crimes, eis que, na verdade, eles apenas buscam - mesmo que no campo ideal - a realização de processos criminais mais justos e mais humanos.

O sistema penal voltado para a efetivação dos princípios sintetizados por Luigi Ferrajoli é o que caracteriza o garantismo penal negativo, no qual o papel do Estado de Direito é assegurar ao máximo as liberdades individuais, devendo, para isso, exercer o *ius puniendi* dentro de rígidos limites, os quais são representados pelos axiomas adiante comentados.

1.2.1.1 Axioma da retribuição penal

De acordo com o axioma da retribuição penal, a cominação de penas somente é admissível depois de comprovado o cometimento de crimes, os quais representam condição *sine qua non* para a imposição de sanções penais (FERRAJOLI, 2010, p. 339).

A prova possui, então, grande relevância para o princípio em comento, uma vez que constitui instrumento indispensável à demonstração da ocorrência do crime e à elucidação de sua autoria, possibilitando, em sequência, a punição daqueles que efetivamente transgrediram o direito positivado.

O axioma da retribuição penal busca evitar a aplicação de penas arbitrárias, que, sem encontrar qualquer respaldo jurídico e, às vezes, até mesmo fático, acabam por encobrir perseguições infundadas, como aquelas comuns ao período anterior à redemocratização brasileira e que, atualmente, insistem em fazer parte das estatísticas policiais.

Luigi Ferrajoli (2010, p. 339) afirma que a principal finalidade desse princípio é a de impedir a punição de inocentes. Diz o jurista italiano:

A garantia do caráter retributivo da pena – em virtude da qual só se pode ser punido pelo que se fez (e não pelo que se é) – serve precisamente para excluir, à margem de qualquer possível finalidade preventiva ou de qualquer outro modo utilitarista, a punição do inocente, ainda quando seja considerado de *per si* mau, desviado, perigoso, suspeito ou propenso ao delito etc.

Realmente não é função do Direito Penal e do Direito Processual Penal sancionar a índole ou a personalidade dos réus, considerada pelo julgador distante do padrão socialmente tolerado - como se ele detivesse conhecimentos técnicos para tanto -, mas tão somente punir as infrações penais que, comprovadamente, tenham sido por eles praticadas.

Em outras palavras, o axioma da retribuição penal estabelece que compete ao Estado-juiz preocupar-se com o fato criminoso submetido a sua apreciação e não com a pessoa do acusado. A condição econômica, a religião, a opção sexual ou a cor da pele dos indivíduos não podem influenciar a decisão a ser tomada ao final do processo criminal.

Entretanto, a realidade destoava desse importante preceito incluído no sistema garantista. Pesquisa desenvolvida por Sérgio Adorno (1995, p. 59) sobre a discriminação na justiça criminal de São Paulo, demonstrou que a proporção de réus negros condenados foi maior - aproximadamente 70% - em comparação com os brancos - aproximadamente 60% - em relação ao mesmo crime.

Já a proporção de absolvidos foi maior entre os brancos, concluindo o cientista social que há “[...] uma certa ‘afinidade eletiva’ entre raça e punição”, sendo que apesar de brancos e negros cometerem crimes violentos em idênticas proporções, estes tendem a receber um tratamento penal mais rigoroso, com maior probabilidade de serem punidos em relação aos réus brancos, deixando transparecer “[...] que a cor é um poderoso instrumento de discriminação na distribuição da justiça” (ADORNO, 1995, p. 63).

Ainda com base no axioma da retribuição penal, Ferrajoli (2010, p. 340) critica as prisões cautelares, as quais são impostas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ensejando a constrição da liberdade de meros suspeitos, que podem não ter praticado qualquer ilícito criminal.

Talvez em razão disso, o legislador brasileiro optou por realizar nova reforma no Código de Processo Penal. Com a promulgação da Lei Federal 12.403/11, de 04 de maio de 2011, a prisão provisória deve ser decretada apenas como *ultima ratio*, ou seja, quando outras medidas cautelares - pagamento de fiança, por exemplo - não forem suficientes para garantir a regular tramitação do inquérito policial ou da ação penal. Resta saber se as novas disposições legais serão efetivadas pelos juízes, o que poderá ser analisado em futura pesquisa.

1.2.1.2 Axioma da legalidade

A partir do axioma da legalidade, apenas podem ser considerados crimes aqueles fatos sociais previamente prescritos na lei como tais, do mesmo modo que somente deve ser aceita a imposição das penas expressamente estipuladas pelo legislador e dentro dos parâmetros por ele estabelecidos. No Brasil, é o que está contido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988¹⁶ e no artigo 1º do Código Penal.¹⁷

No entanto, enquanto limite do poder de punir do Estado e garantia de proteção aos direitos fundamentais, o axioma da legalidade não deve ser verificado exclusivamente no seu aspecto formal, visto que há possibilidade de penas desproporcionais e crimes insignificantes também serem previstos nas leis promulgadas pelo Estado.

¹⁶“Art. 5º [...].

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

¹⁷ “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Nereu José Giacomolli (2007, p. 152-153) deixa registrado que, após a Revolução Francesa,

Os novos ideais pregavam a necessidade da substituição da vontade individual do soberano e dos julgadores por uma vontade geral, a qual deveria estar contida numa disposição normativa emanada do Poder Legislativo, com reconhecida legitimidade popular, vinculada aos poderes legais. Tais ideais preconizavam que o cidadão não podia mais ser um mero instrumento do poder, ou sujeito passivo do absolutismo monárquico, mas um partícipe e controlador desse poder, com direitos a certas garantias, como a ser submetido ao império da vontade popular e não à vontade particular dos detentores do poder.

O fundamento do axioma da legalidade está, pois, no fato de o crime e as respectivas penas serem definidos a partir dos interesses do verdadeiro poder soberano, do respeito à vontade geral¹⁸ emanada do povo, representado pelo legislador (BECCARIA, 1999, p. 30).

É imprescindível que a legislação criminal, além de observar atentamente as regras do devido processo legislativo, detenha legitimidade, com o cuidado de não ceder a interesses circunstanciais, muito comuns quando da consumação de fatos ilícitos repugnantes, que geralmente ressuscitam, por exemplo, o debate sobre a aceitação da pena de morte no Brasil.

Ademais, as leis que preveem os crimes e as penas devem ser formuladas com emprego de linguagem clara e precisa, isto é, desprovida de termos indeterminados que possam dar margem a interpretações e a juízos valorativos mais preocupados com a pessoa do suspeito/réu do que com o fato social investigado¹⁹ (FERRAJOLI, 2010, p. 346).

Ocorre que é comum os legisladores persistirem na elaboração de leis carregadas de palavras ambíguas e expressões obscuras, dificultando o seu conhecimento e a sua compreensão por parte dos cidadãos e permitindo interpretações que, muitas

¹⁸ Rousseau (1998, p. 37) distingue a vontade geral da vontade de todos. Enquanto aquela se reporta ao interesse comum, esta representa apenas a soma dos interesses particulares.

¹⁹ O que, como visto, também é repudiado pelo axioma da retribuição penal.

vezes, extrapolam a *mens legislatoris*, como se dá com os denominados tipos penais abertos²⁰.

Luigi Ferrajoli (2010, p. 93 e 348-349) destaca, ainda, a importância de o axioma ora examinado ir além do princípio da mera legalidade, que sujeita o juiz à lei, independentemente do modo em que ela esteja redigida, para abranger o princípio da estrita legalidade, o qual submete o julgador ao conteúdo taxativo da lei criada em acordo com as boas técnicas legislativas e, por isso, dotadas não apenas de vigência, mas também de validade.

Apesar de ser previsto enquanto garantia penal, entende-se que o axioma da legalidade também deve ser seguido no campo do processo penal²¹, retirando dos magistrados e das partes a discricionariedade na execução dos seus atos, a fim de que se pautem estritamente em acordo com as normas contidas no ordenamento jurídico, ante a prevalência do interesse público no processo (GIACOMOLLI, 2007, p. 166-168).

Não se pode olvidar, contudo, da possibilidade de o princípio da legalidade ensejar o engessamento do sistema. Para evitá-lo, o legislador precisa estar atento às transformações da sociedade, realizando, sempre que necessárias, reformas que coloquem o ordenamento jurídico em consonância com a realidade social.

1.2.1.3 Axioma da necessidade

Por meio do axioma da necessidade, Luigi Ferrajoli busca definir quais penas - considerando tanto as suas espécies quanto a sua quantidade - podem ser infligidas no sistema garantista por ele formulado.

²⁰ Cabe “[...] lembrar que as normas penais em branco não se confundem com os tipos penais abertos. Na primeira, a complementação é feita por regra jurídica, ou seja, o tipo é preenchido por outra disposição normativa em sentido amplo [...]. Já nos tipos abertos, a complementação é feita pelo juiz, porque o preceito não contém a determinação dos elementos de dever jurídico, cuja violação significa realização do tipo.” (POLO, 2002, p. 76).

²¹ Diversos outros princípios do processo penal originam-se do princípio da legalidade. Os princípios da obrigatoriedade, da indisponibilidade e da indivisibilidade da ação penal pública são alguns deles.

Desse modo, ele critica as antigas penas cruéis - incluindo a pena de morte ainda aceita em diversos países mesmo nos tempos de paz - que visam retribuir o mal causado pelo delito seguindo a conhecida regra de talião, “olho por olho, dente por dente”, sem observar quaisquer parâmetros de razoabilidade (FERRAJOLI, 2010, p. 355 e 357).

Por outro lado, Ferrajoli (2010, p. 361 e 365) enaltece as penas modernas, dotadas de abstração, predeterminação legal e determinação judicial em acordo com cada caso concreto, de modo a respeitar a proporcionalidade entre a gravidade do crime e a punição aplicada pelo Estado, vinculando-a aos primados da igualdade, da legalidade e do caráter privativo²².

Pelo axioma ora analisado, as sanções devem estar correlacionadas proporcionalmente à infração criminal a ser punida, prestigiando-se, sempre que possível, a imposição de penas mais brandas.

Procurando seguir esse terceiro axioma, o Código Penal brasileiro, em seu artigo 44, traz a possibilidade de o juiz substituir²³ a pena privativa de liberdade, aplicada em patamar igual ou inferior a 04 (quatro) anos, por penas restritivas de direitos, nos casos de delitos culposos ou praticados sem o emprego de violência ou grave ameaça por réu não reincidente em crime doloso.

O problema é que, além de prever esses requisitos objetivos, o referido dispositivo legal deixa a critério do juiz a análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do réu, dos motivos e das circunstâncias do crime, ficando a cominação de penas alternativas à prisão submetida ao poder discricionário do julgador²⁴.

²² Ferrajoli (2010, p. 358) enfatiza que as penas modernas deixaram de ser configuradas como aflições, para assumir o caráter de privação dos direitos “[...] e precisamente dos três específicos direitos para cuja tutela, como escreveu Locke, se constituiu e se justifica o Estado moderno: a vida, a liberdade e a propriedade.”

²³ Ressalta-se que Ferrajoli (2010, p. 385) não é favorável à substituição das penas. Para ele, as penas “alternativas” à prisão devem ser as principais, aplicadas já no momento da prolação da sentença condenatória, uma vez que almeja, em longo prazo, a extinção da pena privativa de liberdade.

²⁴ Os perigos do poder discricionário dos julgadores serão mais bem enfrentados no capítulo 3.

Em síntese, dentro do axioma da necessidade, Luigi Ferrajoli (2010, p. 364) ressalta que as penas devem primar pelo valor da pessoa humana, o qual justifica

[...] irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Devo acrescentar que esse argumento [...] serve para fundar a legitimidade do Estado unicamente nas funções de tutela da vida e dos demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinqüentes.

Assim, com base no princípio da necessidade, o sistema garantista vai reforçar que, no exercício do *ius puniendi*, o Estado tem o dever de atuar em acordo com o mínimo necessário e suficiente para reprimir e prevenir as transgressões à lei, nunca desrespeitando os direitos fundamentais dos suspeitos, dos réus e, por que não, dos condenados.

1.2.1.4 Axioma da lesividade

Diretamente ligado ao princípio mencionado no tópico anterior, o axioma da lesividade também visa restringir o campo de atuação penal do Estado, autorizando-o a criminalizar - e, conseqüentemente, a punir - aqueles atos que geram ofensas consideráveis aos bens das outras pessoas.

Luigi Ferrajoli (2010, p. 426) assevera que

A lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal.

O Direito Penal e, por consectário lógico, o Direito Processual Penal devem ser dirigidos para a proteção de bens jurídicos relevantes, não se preocupando com ações humanas que não oneram ou degradam de forma demasiada os direitos de terceiros.

A lesividade do resultado do ato ilícito é exatamente o que permite a justificação utilitarista do Direito Penal enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais dos homens, compatibilizando o exercício simultâneo das liberdades individuais (FERRAJOLI, 2010, p. 428-429).

O ente estatal não só pode como deve punir, mas desde que a lesão provocada pelo infrator da lei tenha atingido bens merecedores de proteção, justificando-se a nova lesão, a qual, agora, será sofrida pelo condenado, em decorrência da cominação da pena.

O axioma da lesividade objetiva descriminalizar condutas insignificantes, como ocorre com os denominados “delitos de bagatela”; com os crimes que não acarretam danos diretos para pessoas em vida, por atingirem apenas os interesses da administração pública ou por desrespeitarem os mortos; e com aqueles atos que não chegam a produzir resultados, como os “delitos de perigo abstrato” (FERRAJOLI, 2010, p. 438-439).

No entanto, acredita-se que a realidade brasileira não tem acompanhado as diretrizes desse axioma. Furtos de objetos de baixo valor, geralmente cometidos por cidadãos com poucos recursos econômicos, são duramente punidos, enquanto graves crimes financeiros, como a sonegação fiscal - quase sempre praticados por pessoas com elevado poder aquisitivo - ficam impunes.

1.2.1.5 Axioma da materialidade da ação

O axioma da materialidade da ação parte do pressuposto de que somente as ações são capazes de provocar danos a terceiros, inadmitindo, dessa forma, a punição de meras intenções ou pensamentos perversos que não chegam a ser exteriorizados (FERRAJOLI, 2010, p. 441).

Por meio desse axioma, verifica-se, novamente, que o Direito Penal e o Direito Processual Penal não deveriam preocupar-se com as qualidades dos seres

humanos, isto é, com o que eles são, mas, exclusivamente, com as suas ações comissivas e/ou omissivas.

Dada sua importância, Luigi Ferrajoli (2010, p. 444-445) qualifica o axioma da materialidade como sendo o “coração do garantismo penal”, eis que consubstancia os corolários da igualdade e da liberdade, preservando o direito dos homens de serem eles mesmos.

Ainda que tenham a personalidade ou o “modo de ser” destoado do “padrão” julgado pela sociedade como o correto, todos os cidadãos devem ser igualmente respeitados. O Direito Penal tão somente pode puni-los, na hipótese de concretizarem ações definidas na lei como crimes.

O autor italiano (FERRAJOLI, 2010, p. 441) adverte que

[...] a tarefa do direito é a de prevenir e proibir ações danosas e não de estigmatizar a maldade humana, nem de sacrificar bodes expiatórios por males que não realizaram, seja querendo significar que somente as ações externas, e não as internas, podem ser eficazmente proibidas e prevenidas pela lei.

O princípio ora analisado visa manter intocável uma parte da vida íntima dos cidadãos, sobre a qual não deve haver controle ou vigilância, ao menos por parte do direito, eis que pertencente ao campo da religião, da ética e da moral (FERRAJOLI, 2010, p. 442).

Exemplo disso, no Brasil, é a impunibilidade dos atos preparatórios. Mesmo comprovada a intenção do agente de, a partir da compra de um veneno, cometer o crime de homicídio, não há falar na aplicação de sanções, enquanto não iniciada a execução desse delito.

Por outro lado, o Código Penal brasileiro afasta-se do axioma da materialidade da ação, ao prever, em seu artigo 59, a “personalidade do agente” entre as circunstâncias judiciais que precisam ser valoradas pelo julgador no momento da dosimetria da pena e ao inclui-la, no mencionado artigo 44, entre os requisitos a

serem analisados na decisão de substituir a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

O legislador brasileiro se esqueceu de que a tarefa dos juízes é a de estudar e decidir o caso concreto submetido a sua apreciação com base nos aspectos jurídicos que o envolvem, devendo deixar as questões sobre as quais não detêm conhecimento técnico - e nem são preparados para tê-lo - serem solucionadas por profissionais capacitados para tanto.

1.2.1.6 Axioma da culpabilidade

Embora a intenção contida na mente dos homens não possa ensejar a imposição de sanções enquanto não for concretizada - conforme preconiza o axioma mencionado no item anterior -, ela possui suma relevância no processo de responsabilização penal idealizado pelo sistema garantista de Luigi Ferrajoli.

Segundo o axioma da culpabilidade, é preciso investigar a vontade do agente, no momento em que decidiu praticar a ação ilícita, antes de lhe cominar punições em decorrência das lesões geradas por essa ação a terceiros, rechaçando-se, assim, a responsabilidade penal objetiva.

Não basta a materialização de atos ilícitos e a ocorrência de lesões significativas, sendo imprescindível a comprovação de que o resultado danoso originado desses atos foi desejado, assumido, ou, pelo menos, que poderia ser previsto pelos seus autores.

Luigi Ferrajoli (2010, p. 447) enfatiza que a culpabilidade equivale ao denominado “elemento subjetivo” do crime, de modo que

[...] nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer.

A partir dessa constatação, Ferrajoli (2010, p. 449-450) elenca três elementos que compõem o princípio da culpabilidade: o nexó causal entre a decisão do agente, a ação por ele realizada e o seu resultado; a imputabilidade, ou seja, a capacidade de o agente entender a ação; e a culpabilidade em sentido estrito, que representa a consciência do agente quanto à ação e ao seu resultado, no caso do dolo, ou somente em relação àquela, no caso da culpa.

Nesse axioma, a prova assume, novamente, papel fundamental no processo de responsabilização criminal, pois a cominação de sanções fica na dependência da comprovação desses três elementos da culpabilidade. Não demonstrada a relação de causalidade entre o *animus* do agente, a ação e o resultado; a imputabilidade; e o dolo ou a culpa do acusado, torna-se inviável a condenação penal por parte do Estado.

Todavia, o próprio Ferrajoli (2010, p. 460-461) reconhece que a culpabilidade é de difícil comprovação, haja vista que, além de envolver fenômenos psicológicos, inexistente rigidez em sua “[...] caracterização jurídica e no procedimento de comprovação empírica [...]”, o que acaba abrindo caminho para a discricionariedade dos julgadores.

1.2.1.7 Axioma da jurisdicionariedade

O axioma da jurisdicionariedade ou da submissão à jurisdição constitui a principal garantia processual do sistema penal defendido por Luigi Ferrajoli e atua, juntamente com o axioma da legalidade, descrito no item 1.2.1.2, na prevenção geral e na vedação da vingança privada, ao transferir para o Poder Judiciário as prerrogativas de processar e de impor penas aos transgressores do direito (FERRAJOLI, 2010, p. 495-496).

Dessa forma, esse axioma afasta a autotutela - que, conforme mencionado no item 1.1 pode degenerar a paz social -, levando, para um órgão estatal desinteressado no

resultado final do litígio, a decisão de cominar ou não ao acusado as sanções criminais previamente prescritas na lei.

No “sentido lato”, o princípio da jurisdicionariedade contenta-se com a submissão do acusado à figura do juiz, enquanto, em seu “sentido estrito”, exige, além disso, que, no decorrer do julgamento, sejam observadas outras garantias processuais, como por exemplo, a sujeição da acusação às provas produzidas e refutadas (FERRAJOLI, 2010, p. 505).

Para o sistema garantista traçado por Ferrajoli, a presença de um juiz, por si só, não assegura aos jurisdicionados a certeza de que terão um processo penal desprovido de arbítrios, sendo necessário que os magistrados sigam atentamente as regras destinadas à justa aplicação do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Mas, no Brasil, muitas vezes, parece que eles são preparados para isso.

Da jurisdicionariedade em sentido lato já decorrem três garantias fundamentais: o *habeas corpus*, que protege o cidadão de eventuais arbitrariedades contra sua liberdade; a reserva de jurisdição, que assegura o controle da investigação e da aplicação da pena por um juiz imparcial e independente; e a presunção de inocência, pela qual nenhum cidadão pode ser considerado culpado antes da decisão final do julgador (FERRAJOLI, 2010, p. 496).

Entretanto, é na jurisdicionariedade em sentido estrito que o sistema penal de Luigi Ferrajoli encontra o seu modelo processual ideal, qual seja, o modelo garantista, que almeja alcançar a verdade processual ou formal, mínima e aproximada, mas “[...] empiricamente controlável e controlada [...]”, distanciando-se do modelo substancialista que, como o próprio nome diz, busca a verdade substancial, ainda que esta esteja além das provas legitimamente produzidas no processo (FERRAJOLI, 2010, p. 497-498).

Com isso, é possível concluir, desde logo, que esse modelo garantista negativo - isoladamente considerado - não admite o uso de provas ilícitas no processo penal, na medida em que estas - conforme será mais bem analisado adiante - não respeitam as normas expressas no direito positivado.

Como é a verdade formal, atingida dentro dos limites do modelo de processo penal garantista, que confere legitimidade e validade aos atos jurisdicionais, Ferrajoli (2010, p. 501) salienta que nem mesmo a vontade da maioria²⁵ ou a unanimidade de cidadãos detém capacidade para alterar essa verdade.

O mestre italiano defende que, para proferir sua sentença, cabe ao julgador ater-se estritamente aos elementos de convicção adquiridos em acordo com a lei, mesmo que esta vá de encontro aos interesses da maior parte da população. Isto é, inexistindo provas lícitas no sentido de o acusado ter cometido o delito que lhe foi imputado pela acusação, ele deve ser absolvido, ainda que o povo deseje o contrário.

1.2.1.8 Axioma acusatório

O axioma acusatório objetiva garantir a imparcialidade e a independência do juiz na condução do processo criminal, ao primar pela total separação entre as funções de acusar e julgar, as quais, no antagônico sistema inquisitivo, se encontram unidas em uma mesma pessoa.

Os dois sistemas processuais penais são diferenciados por Luigi Ferrajoli (2010, p. 519-520) a partir das seguintes características:

[...] pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.

O axioma acusatório busca superar o procedimento inquisitivo, fazendo com o que o julgador afaste-se do litígio submetido a sua apreciação, a fim de constituir “[...] um

²⁵ Sobre a regra da maioria e suas aporias, vale conferir CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

hábito intelectual e moral, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento.” (FERRAJOLI, 2010, p. 534).

Do mesmo modo que o pesquisador não deve envolver-se emocionalmente com o seu objeto de análise, garantindo-se um resultado científico idôneo, não se admite que o juiz assuma qualquer posição no curso do processo, seja em favor da defesa ou da acusação.

Quando o julgador é proibido de também acusar, deixando para exarar sua convicção em acordo com as provas que forem legitimamente apresentadas e rebatidas em igualdade de condições ao longo da fase instrutória, evita-se que ele se contamine pela acusação e passe a buscar a condenação do réu a qualquer custo²⁶.

Pode-se dizer, então, que o axioma acusatório impede a antecipação do julgamento, assegurando aos réus os direitos fundamentais que lhes são inerentes. Se nem mesmo aos condenados em definitivo podem ser negados direitos fundamentais conferidos aos homens - com exceção daqueles que são restringidos com a aplicação da sanção penal -, quiçá aos acusados, dentre os quais não é incomum haver inocentes.

1.2.1.9 Axioma do ônus da prova

Enquanto consectário do princípio da presunção de inocência²⁷, no sistema garantista de Luigi Ferrajoli, o ônus da prova compete à parte acusadora, que, conforme acima demonstrado, não pode confundir-se com a figura do julgador, sob pena de ser violada a imparcialidade deste (FERRAJOLI, 2010, p. 562).

²⁶ Essa possibilidade provoca notável divergência doutrinária no que tange aos “poderes instrutórios” do juiz. Sobre o tema ver BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34-36.

²⁷ No direito brasileiro, o princípio da presunção de inocência está positivado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Desde a formalização da acusação - seja por meio da denúncia nas ações penais públicas ou da queixa nas ações penais privadas -, é indispensável a demonstração de elementos probatórios mínimos de autoria e de materialidade do delito que está sendo por ela imputado, a fim de se evitar a instauração de processos criminais temerários.

Pelo fato de o Direito e, especialmente o Direito Penal e o Direito Processual Penal - que podem interferir diretamente no direito à liberdade dos cidadãos -, não poder se contentar com meras afirmações, “a hipótese acusatória deve ser sempre confirmada por uma pluralidade de provas ou dados probatórios”, os quais irão permitir ao juiz alcançar a verdade processual (FERRAJOLI, 2010, p. 143).

Se, no final do processo, as provas produzidas pela parte acusatória não forem suficientes para convencer o julgador acerca da veracidade das alegações apresentadas, deve imperar o princípio do *in dubio pro reo* e o acusado ser absolvido, haja vista que, como dito, a regra constitucional é a da presunção de inocência.

Assim, com base no axioma do ônus da prova, devem ser rechaçadas as condenações criminais infundadas, ou seja, aquelas que não encontram consonância no acervo probatório gerado no decorrer da fase instrutória da ação penal.

1.2.1.10 Axioma do contraditório

O último axioma do sistema garantista de Ferrajoli refere-se ao direito de o réu²⁸ refutar as alegações e os elementos probatórios lançados pela acusação, “[...] de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas.” (FERRAJOLI, 2010, p. 564)

²⁸ Embora haja quem sustente que a acusação também tem direito ao contraditório (BEDÊ JÚNIOR, SENNA, 2009, p. 130), Luigi Ferrajoli o prevê como direito intrínseco à defesa.

Ferrajoli (2010, p. 566) ainda menciona que, de acordo com o axioma do contraditório, o acusado e o seu defensor devem estar presentes em todos os atos do processo penal, mormente na fase probatória, evitando-se que sejam surpreendidos pela acusação, como ocorre no sigiloso processo inquisitivo.

Contudo, entende-se que a simples previsão desse princípio não é suficiente para garantir ao acusado o efetivo contraditório²⁹, sendo imprescindível que lhe sejam fornecidos instrumentos para tal fim, como por exemplo, uma defesa técnica de qualidade e custodiada pelo Estado, nos casos de miserabilidade do réu.

O princípio do contraditório precisa ir além do direito de a defesa contra-argumentar as alegações apresentadas pela acusação, assegurando-lhe também a necessária paridade de armas entre as partes litigantes (FERRAJOLI, 2010, p. 565).

Essa extensão do axioma do contraditório é que propicia

[...] uma participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo, mediante plena igualdade (real), para que assim possam influir em todos os elementos (fatos, provas, questões de direito) que encontrem ligação com o objeto da causa e que, em qualquer fase do processo, revelem-se como potencialmente relevantes para uma futura decisão. Logo, é inquestionável que o princípio do contraditório deve assegurar às partes a paridade de tratamento (BEDÊ JÚNIOR, SENNA, 2009, p. 131).

Sendo do conflito de palavras, de ideias e, principalmente, de provas que o julgador extrai a sua conclusão, caso uma das partes obtenha favorecimentos no decorrer do processo, é possível que esses privilégios provoquem a prolação de decisões parciais, o que não acontecerá se, ao contrário, for respeitada a igualdade entre elas.

Mas será que a paridade de armas é assegurada no processo penal brasileiro, especialmente quando se refere a réus que não possuem condições de arcar com o pagamento de honorários advocatícios? Será que, no Brasil, a Defensoria Pública detém recursos materiais e humanos na mesma proporção dos que possui o

²⁹ A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 5º, inciso LV, prescreve que além do contraditório e da ampla defesa, deve ser assegurado aos litigantes e aos acusados em geral “os meios e recursos a ela inerentes”.

Ministério Público? Esses são alguns dos dilemas do processo penal brasileiro que precisam ser mais bem discutidos e enfrentados em outra oportunidade.

O que pode ser ressaltado, desde agora, é que a verdade almejada pelo sistema garantista de Luigi Ferrajoli - verdade aproximada, mas que observa atentamente os limites do direito de punir do Estado - é atingida quando o princípio do contraditório é assegurado de forma plena e efetiva, impedindo a desigualdade entre as partes e o sigilo dos processos criminais.

Esses dez axiomas acima apresentados é que formam o modelo de processo penal idealizado pelo sistema garantista de Luigi Ferrajoli como sendo o mais adequado para o Estado de Direito, no qual devem ser apartados os excessos contra os direitos fundamentais.

O viés negativo do garantismo penal coaduna-se com essa proibição ao excesso, ressaltando os direitos fundamentais como meio de defesa dos indivíduos em face do Estado, que fica impedido de extrapolar os poderes que lhe foram conferidos para o exercício do *ius puniendi*.

Entretanto, essa perspectiva do garantismo não afasta a preocupação com a segurança da sociedade³⁰ - notadamente quando se trata de crimes graves³¹ -, existindo uma segunda vertente do garantismo penal que também merece ser analisada na presente pesquisa dissertativa, qual seja: o garantismo penal positivo.

³⁰ Relembrando o que foi dito, a teoria do garantismo penal não está adstrita à proteção dos direitos fundamentais individuais, abrangendo também os direitos fundamentais difusos e coletivos. O que talvez possa gerar confusão quando se discorre acerca do sistema garantista está no fato de que Luigi Ferrajoli (2010, p. 103) é adepto do Direito Penal mínimo, que, em nome da certeza de não existir condenações de inocentes, aceita a possibilidade de culpados ficarem impunes. Isso não quer dizer, contudo, que ele defenda a impunidade.

³¹ Além daqueles crimes já classificados pelo legislador como hediondos ou equiparados a estes - Lei 8.072/90 -, acredita-se que também podem ser considerados de elevada gravidade os delitos que provocam efeitos devastadores para a coletividade, como se dá com os crimes contra a ordem tributária.

1.2.2 GARANTISMO PENAL POSITIVO

Complementando os ideais do garantismo negativo, que, conforme demonstrado no tópico anterior, tem por escopo central a proibição de excessos por parte do Estado contra os direitos fundamentais individuais, o garantismo positivo ressalta a necessidade de o ente estatal voltar-se, também, para a concretização dos direitos fundamentais, incluindo os supraindividuais.

De nada adianta a Constituição Federal prescrever inúmeros direitos fundamentais se não forem realizadas políticas estatais eficientes que permitam a fruição adequada de todos eles. Do contrário, o Texto Constitucional não passará de um verdadeiro simulacro, para lembrar a expressão empregada na obra de Luiz Moreira³².

Do que vale a Constituição Federal de 1988 ter adotado o novo paradigma do Estado Democrático - e Social - de Direito, assegurando os direitos à moradia, ao trabalho, à igualdade, à segurança, se considerável parcela da população brasileira continua desabrigada, desempregada, marginalizada e insegura?

O garantismo positivo procura destacar justamente a importância que o Estado possui no processo de realização dos direitos fundamentais - sejam individuais, coletivos ou difusos -, transportando-os do mundo abstrato da Carta Constitucional para a realidade dos cidadãos.

É certo, pois, que o Estado tem o dever de proteger todos os direitos fundamentais. Dever esse que, a partir de decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão³³, no ano de 1975, passou a ser considerado a segunda face do princípio da proporcionalidade, atualmente, conhecida por "*Untermassverbot*", traduzida para o

³² MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³³ Nessa oportunidade, a Corte Constitucional alemã decidiu anular alteração legislativa introduzida pela 5ª Lei da Reforma do Direito Penal, que flexibilizava a criminalização do aborto, em nome do dever proteção do direito à vida humana, o qual inclui a vida do nascituro (STRECK, M., 2009, p. 96-98).

português como “proibição de proteção deficiente ou insuficiente” (STRECK, M., 2009, p. 96-97).

O Estado deve ter constante preocupação com a plena satisfação dos direitos fundamentais, não sendo suficiente, para tanto, produções legislativas, execuções de atos administrativos e prolações de decisões judiciais que não atendam aos reais anseios da sociedade.

Dissertando sobre a proibição à proteção deficiente - por ele denominada de “proibição por defeito” -, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 273) assevera que

O sentido mais geral da proibição do excesso é, como se acaba de ver, este: evitar cargas coactivas excessivas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. Há, porém, um outro lado da protecção que, em vez de salientar o excesso, revela a proibição por defeito (*Untermassverbot*). Existe um **defeito de protecção** quando as entidades sobre quem recai um *dever de protecção* (*Schutzpflicht*) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. (Grifos no original).

Além de o Estado não poder restringir os direitos fundamentais de forma arbitrária - tendo em vista a proibição do excesso -, compete a ele, por meio do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário, implementar medidas que possibilitem a efetivação de todos esses direitos estabelecidos no plano constitucional.

José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 63-64) ressalta que embora o Legislativo seja o principal responsável pela concretização do dever estatal de proteção, não se deve ignorar o “decisivo espaço” do Executivo e do Judiciário nessa missão. Ele afirma que

O destinatário do dever de proteção é o Estado, no conjunto de suas funções ou poderes, sendo o legislador o destinatário principal, incumbindo-lhe a tarefa de fornecer ao Poder Executivo e ao Judiciário o instrumental legislativo para a atuação contra os atentados ou exposições a perigo de direitos fundamentais, reduzindo e concretizando o alto grau de abstração de proteção por meio da lei, de modo que a administração e o judiciário

possam saber a que ponto estão concretamente jungidos ao dever de proteção.

[...]

O legislador não é, no entanto, o único destinatário do dever de proteção do qual também devem se desincumbir a administração e o Poder Judiciário.

Não há dúvidas, portanto, de que, dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, ao revés de se manter omissos e distantes dos cidadãos, o ente estatal tem que ser um forte aliado destes, pondo em prática o seu dever de proteção dos direitos fundamentais.

O problema é que por terem surgido em reação às atrocidades dos governos totalitários, tradicionalmente, os direitos fundamentais continuam sendo classificados e aplicados tão somente como direitos de defesa individual contra agressões provocadas pelo Estado (NABAIS, 2009, p. 16-17).

Vale trazer à memória que a atual Constituição Federal brasileira foi elaborada durante o período da redemocratização do país, logo após este ser acometido pelas truculências do autoritarismo militar, de modo que, em um primeiro momento, as atenções focaram-se na defesa dos direitos fundamentais individuais frente ao poder do Estado.

Com a preocupação exacerbada pela defesa dos direitos fundamentais - notadamente os individuais - em face do Estado (garantismo negativo), o dever do ente estatal de proteger os direitos fundamentais de toda a sociedade (garantismo positivo) acabou sendo relegado.

Contudo, seguindo a tendência das Constituições editadas sob a égide da (re)democratização, é cediço que o Texto Constitucional brasileiro contempla diversos direitos fundamentais que transcendem a esfera individual, abrangendo toda a coletividade.

Ao apresentar uma síntese da evolução histórica das dimensões dos direitos fundamentais e das correspondentes previsões desses direitos nas Constituições, Maria Luiza Streck (2009, p. 20-21) enfatiza:

O segundo pós-guerra apresenta-se como o cenário ideal para uma espécie de “ajuste de constas” entre o direito, a política, e a sociedade. Com efeito, os textos constitucionais se transformaram em um *locus* privilegiado desse novo perfil do direito, isto é, preocupado não apenas em proteger o indivíduo, mas, sim, com o resguardo da comunidade a partir de uma nova dimensão de direitos. [...].

Efetivamente os textos constitucionais resgataram essa nova perspectiva do direito.

Mais adiante, a mesma autora complementa:

Com o advento do Estado Democrático de Direito surge uma nova função para o direito, a de proteger bens jurídicos que transcendem a concepção liberal individualista. As diversas garantias conquistadas nesse atual modelo de Estado parecem não deixar dúvidas com relação aos bens a serem protegidos [...]. Nesse paradigma, além dos bens jurídicos individuais, carecem de proteção efetiva os bens supra-individuais, ou também chamados de transindividuais. (STRECK, M., 2009, p. 46)

Dentro dessa nova perspectiva do direito, pode-se visualizar que, além de uma dimensão subjetiva³⁴, mais preocupada com sua acepção liberal-individualista, os direitos fundamentais possuem uma faceta objetiva³⁵, dirigida, dentre outros aspectos, ao cumprimento de obrigações por parte do Estado, em prol do favorecimento de valores comunitários.

Afinal, como já mencionava Aristóteles (2002, p. 14), “[...] o homem é um animal político por natureza [...]”, ou seja, é um ser relacional, que, por não conseguir viver isolado, depende, continuamente, da comunidade na qual se encontra inserido, para, junto com os demais integrantes desta comunidade, satisfazer os seus próprios desejos e concretizar os interesses comuns.

José Carlos Vieira de Andrade (2009, p. 108) defende que os direitos fundamentais são responsáveis pela consecução de uma vida digna e livre tanto para os indivíduos como para as comunidades, de modo que o homem apenas consegue ser livre e digno quando integra uma comunidade livre, e a comunidade só é livre quando formada por indivíduos livres e dignos.

³⁴ A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais vincula-se à faculdade que os indivíduos possuem de satisfazer os interesses próprios que lhes são garantidos pela norma jurídica. Ela expressa a liberdade de escolha e de decisão dos indivíduos (ANDRADE, 2009, p. 112-113).

³⁵ “Como ‘dimensão objetiva’ define-se a dimensão dos direitos fundamentais cuja percepção independe de seus titulares, vale dizer, dos sujeitos de direito.” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 118)

Existe, assim, uma relação dialética e simbiótica entre os indivíduos e a comunidade. Uma união íntima e indispensável para que ambos consigam extrair os benefícios conferidos pelos direitos fundamentais.

É preciso, então, adicionar àquela herança do iluminismo liberal - repita-se: voltada para a defesa dos direitos fundamentais individuais contra o Estado - a concepção comunitária dos direitos fundamentais, assegurando-se proteção aos direitos individualizados, sem se olvidar dos interesses sociais que também reclamam garantias. Isto é, sem que a inerente dimensão objetiva dos direitos fundamentais seja desprezada.

Ingo Sarlet (2006, p. 165 e 170-171) enaltece que a verificação da dupla dimensão dos direitos fundamentais representa uma das mais importantes elaborações do Direito Constitucional contemporâneo e registra os efeitos dessa constatação:

Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de liberdade) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuidam de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar. [...]. Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais.

Mesmo que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais permaneça caracterizada como parte central de sua estrutura, deve-se prestigiar as outras consequências jurídicas que deles irradiam. Consequências essas chamadas por José Carlos Vieira de Andrade (2009, p. 134) de “mais-valia” dos direitos fundamentais³⁶.

Dentro dessa “mais valia” dos direitos fundamentais, ou seja, da sua natureza jurídico-objetiva, é que se encontra o alicerce fundamental da teoria do dever de

³⁶ “Mais-valia” porque “[...] o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não significa desprezo à sua dimensão subjetiva, mas reforço a ela” (SARMENTO, 2004, p. 136).

proteção por parte do Estado, consagrado no corolário da proibição à proteção insuficiente.

A partir daí, as preocupações com os direitos fundamentais não podem mais estar centralizadas exclusivamente na relação bipolar cidadão-Estado, como se dá na vedação ao excesso, eis que, na realidade, existe uma relação triangular, na qual particulares também podem violar direitos dos demais indivíduos, exigindo-se a interferência do ente estatal, no sentido de atuar como o “garante do direito” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 57-58).

Realça-se, mais uma vez, que, sob a perspectiva defendida por John Locke (2006, p. 88-89), foi exatamente a promessa de que o Estado seria capaz de por fim aos conflitos sociais, permitindo alcançar o idealizado sentimento de segurança, que levou os homens a aderir ao “contrato social”, renunciando ao direito de exercer a autotutela, uma vez que o poder estatal iria criar e executar leis em prol da defesa de toda a comunidade.

O Direito, portanto, não poderia ignorar a confiança depositada pelos homens no Estado, tendo, ao contrário, o dever de lhe servir de instrumental, fornecendo-lhe mecanismos aptos à consecução da finalidade para a qual foi instituído: garantir, segurança social, conforme visto no item 1.1.

O paradigma do Estado Democrático de Direito veio resgatar o dever de proteção que o Estado já havia assumido desde o momento de sua criação na era moderna - mas que foi deturpado por regimes governistas autoritários -, conferindo aos direitos fundamentais uma roupagem robusta, acrescida da dimensão objetiva, que está atrelada aos interesses supraindividuais.

Diante do novo prisma do direito, mais atento às realidades comunitárias que reclamam uma atuação positiva por parte do Estado, passou-se a questionar se o Direito Penal e o Direito Processual Penal devem permanecer vinculados apenas a valores e a princípios típicos de séculos passados ou devem ampliar o seu leque de proteção “[...] a outras categorias hoje constitucionalmente reconhecidas [...]” (STRECK, L., 2004, p. 280).

Em meio a esse debate, o garantismo penal positivo vai estabelecer que o Direito Penal e o Direito Processual Penal sejam interpretados e aplicados em consonância com os direitos fundamentais de toda a sociedade, prestigiando, por conseguinte, os interesses transindividuais, sem se esquecerem dos direitos individualizados.

Em outras palavras, o Direito Penal e o Direito Processual Penal vigentes no Estado Democrático de Direito também precisam estar direcionados para o abrigo de direitos fundamentais difusos, entre os quais pode ser destacado o direito fundamental à segurança, mais especificamente o direito à segurança pública, consagrado, no Brasil, nos citados artigos 5º, *caput*, e 144 da Constituição Federal de 1988.

Não se quer dizer que os direitos fundamentais dos indivíduos que sofrem mais diretamente os efeitos da legislação penal não precisam ser observados, mas sim que os direitos destes não são os únicos a merecerem tutela estatal, devendo ser igualmente respeitados os direitos de todas as pessoas passíveis de serem atingidas pelos atos ilícitos eventualmente praticados por aqueles (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 58).

Dessa forma, compete ao Estado promulgar normas penais/processuais penais e executar atos administrativos que lhes forneçam meios idôneos para cumprir com o seu dever de garantir segurança pública aos cidadãos, de nada valendo a adoção de medidas incapazes de contribuir para a concretização do princípio da proibição à proteção insuficiente.

No campo do Direito Penal e do Direito Processual Penal, falar da vedação à proteção insuficiente

[...] é especialmente relevante em relação ao dever estatal de garantir a segurança, bem jurídico que conforma e condiciona o exercício dos direitos fundamentais, uma vez que, sem segurança, não é possível o gozo dos demais direitos materiais, nem o livre desenvolvimento da personalidade humana com dignidade (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 187).

A proibição da proteção insuficiente no Direito Penal e no Direito Processual Penal representa o “outro lado” da teoria do garantismo, que, como já mencionado em

momento anterior, não apregoa tão somente a defesa dos direitos fundamentais dos indiciados, dos acusados e dos condenados, mas também a imperativa necessidade de se efetivar os direitos fundamentais coletivos e difusos.

O próprio Luigi Ferrajoli (2010, p. 433) ressalta que

Entre os bens externos ao direito penal, cuja lesão é necessária, ainda, que não suficiente, para a justificação das proibições penais, estão, por razões óbvias, todos os “direitos fundamentais”, quer dizer, não só os clássicos direitos individuais e liberais, senão também os coletivos e/ou sociais, como o direito ao meio ambiente ou à saúde. Mas também hão de se incluir aqui bens que não são direitos, como o interesse coletivo, e certamente fundamental, a uma administração pública não corrupta.

Tem-se, aqui, uma visão integral do garantismo penal, que erroneamente permanece sendo interpretado por estudiosos exclusivamente sob o seu viés negativo, quando, na verdade, ele busca assegurar a efetiva proteção dos direitos fundamentais na sua totalidade, abrangendo tanto os direitos fundamentais individuais quanto os sociais.

Acerca da concepção integral do garantismo penal, Douglas Fischer (2010, p. 34 e 36) bem salienta:

[...] evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados.

[...]

Em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança.

Proteger apenas direitos fundamentais relacionados a pessoas individualizadas não é o ideal do garantismo e, de fato, nem seria o bastante para resguardar os cidadãos das intempéries sociais. É necessário que o Direito Penal e o Direito Processual Penal, enquanto instrumentos do Estado, tornem efetivos os direitos fundamentais de toda a comunidade, dentre os quais está incluído o direito à segurança pública.

Com isso, Lenio Streck (2004, p. 254) ressalta a relevância da aplicação do “princípio da vedação à proteção insuficiente” no Direito Penal e no Direito

Processual Penal brasileiro, posicionando-se contrário a previsões normativas e a decisões judiciais que vão de encontro ao ideal garantista de preservação dos direitos fundamentais supraindividuais³⁷.

Dito de outro modo, a doutrina brasileira está procurando extirpar a ideia ainda inculcada na mente de muitas pessoas, no sentido de que o garantismo penal resume-se à defesa dos direitos individuais - preocupado, principalmente, em impedir a punição de inocentes -, a fim de evidenciar a sua outra vertente, destinada à proteção dos direitos e interesses difusos, evitando também a impunidade de culpados.

Em sentido contrário àqueles que ainda identificam no Direito Penal um inimigo violador de direitos fundamentais e que, em virtude disso, precisaria ser mantido afastado da sociedade, Lenio Streck (2004, p. 282-283) acredita que

[...] analisar o direito penal sob a ótica do Estado Democrático de Direito e do (neo) constitucionalismo que o engendrou implica, necessariamente, levar em conta as mudanças paradigmáticas ocorridas no campo do Estado e do Direito. Conseqüentemente, torna-se necessário romper com a idéia de que há uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e Indivíduo.

É neste ponto que reside a fragilidade das teses que não admitem a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade [...].

Dizendo de outro modo, depois de sua fase absenteísta, em que o Direito tinha uma função meramente ordenadora, o Estado pode/deve ser visto hoje, como “amigo dos direitos humanos-fundamentais”.

A vertente positiva do garantismo penal visa romper com os antigos preconceitos de que o Direito Penal e o Direito Processual Penal serviriam tão somente para justificar o cometimento de atrocidades contra os transgressores da lei, quando, na realidade, podem contribuir, e muito, para a concretização dos objetivos fixados no pacto social, notadamente, o de garantir segurança pública aos cidadãos.

Com o passar do tempo, essa nova noção do Direito Penal e do Direito Processual Penal foi sendo incorporada ao cotidiano do Estado, de forma que já são vistos

³⁷ Com base nesse entendimento, há fortes críticas, por exemplo, à previsão normativa contida no §1º, do artigo 337-A do Código Penal brasileiro, que autoriza a extinção da punibilidade dos sonegadores de contribuições previdenciárias, quando estes cumprem com suas obrigações antes de ser iniciada a ação fiscal.

decisões judiciais, processos legislativos e políticas públicas sustentadas nos postulados do garantismo penal positivo.

No Brasil, Maria Luiza Streck (2009, p. 107) lembra que a primeira vez em que uma decisão judicial ventilou a perspectiva positiva do garantismo penal foi quando o Supremo Tribunal Federal analisou a possibilidade de extinguir a punibilidade³⁸ do autor de um crime sexual em decorrência de sua união estável com a vítima. Nessa oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes destacou em seu voto³⁹:

De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando típica hipótese de proteção insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental [...].

Dessa forma, para além da costumeira compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição do excesso [...], há uma outra faceta desse princípio, a qual abrange uma série de situações, dentre as quais é possível destacar a dos presentes autos.

Atualmente, os Tribunais brasileiros de segunda instância também estão adotando a teoria do garantismo penal positivo na fundamentação de seus acórdãos. A título exemplificativo, pode-se citar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, no qual restou assentado o seguinte⁴⁰:

Muito além de uma opção, o Estado tem mesmo o dever de proteção quanto ao direito fundamental à segurança. [...]

Não se pode olvidar que o garantismo, além da sua faceta negativa, que apregoa a proteção do indivíduo contra investidas arbitrárias do Estado, possui conteúdo positivo, a exigir do Estado que proteja a sociedade dos

³⁸ O artigo 107, inciso VII, do Código Penal, previa a extinção da punibilidade nos casos em que o autor de crimes contra os costumes viesse a se casar com a vítima. Esse dispositivo legal foi revogado, expressamente, pela Lei 11.106/2005 em boa aplicação legislativa do princípio da vedação à proteção insuficiente.

³⁹ A proibição da proteção insuficiente foi novamente ressaltada pelo Ministro Gilmar Mendes no polêmico julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que tratou das pesquisas com células tronco no Brasil (STRECK, M., 2009, p. 109).

⁴⁰ Tratava-se do julgamento de *Habeas Corpus*, no qual o impetrante sustentou a invalidade jurídica da norma penal que criminalizou o porte de arma de fogo e munição. Disponível em: <www.tjes.jus.br>. Acesso: 24 mai. 2011.

abusos de seus indivíduos. Aqui é inevitável falar-se no princípio da proibição da proteção deficiente, ou da "proibição por defeito", em aparente relação de contraste com o princípio da proibição do excesso, [...].

Como se vê, o dever de o Estado proteger o direito fundamental à segurança pública tem sido exaltado pelo Poder Judiciário brasileiro em prol do combate dos atos ilícitos perpetrados por aqueles particulares que extrapolam os limites da vida em sociedade, violando direitos de terceiros e deturpando a paz social.

Sob a preocupação de efetivar os direitos fundamentais daqueles que são atingidos pelos atos criminosos, o Poder Legislativo também vem realizando reformas. Prova disso foi a edição da Lei Federal 11.690, de 09 de junho de 2008⁴¹, que alterou o Código de Processo Penal brasileiro, incluindo, neste, vários direitos às vítimas, como, por exemplo, o de ser comunicada sobre o andamento da ação penal movida em desfavor daquele que agrediu o seu direito e o de ser encaminhada para atendimento multidisciplinar a expensas deste ou do Estado.

Baltazar Junior (2010, p. 212) assevera que quando implementa mecanismos que possibilitam

[...] uma aplicação eficiente da justiça penal, o Estado estará restringindo a liberdade do violador da lei, mas preservando a liberdade e os direitos fundamentais das vítimas, cujos direitos fundamentais também poderão estar sendo violados. Com efeito, se é certo que o violador dos direitos fundamentais tem direitos, também os tem a vítima dessa violação, o que é ignorado pela visão dos direitos fundamentais como meros direitos de defesa contra o Estado.

Assim, fica nítido que o Estado tem a obrigação de tornar real a totalidade dos direitos fundamentais estatuídos na Constituição Federal, independentemente da condição deles alcançarem apenas determinado indivíduo em separado ou toda a sociedade.

Especificamente na área penal - que, por questão lógica, mais interessa ao objeto de pesquisa deste trabalho dissertativo -, a teoria do garantismo veio enfatizar a impossibilidade de serem desprezados não apenas os direitos fundamentais dos

⁴¹ Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 jun. 2011.

investigados e dos réus, mas também os direitos das vítimas e de toda a comunidade.

Graças à expansão do conhecimento dessa dupla dimensão subjetiva/objetiva dos direitos fundamentais que

[...] muitas das normas de direito penal, bem como as que regulam a intervenção policial passaram a ser vistas com outros olhos, da perspectiva do cumprimento de um dever de protecção, no contexto de um processo de efectivação das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais, estendida a toda actuação dos poderes públicos (ANDRADE, J., 2009, p. 139).

A teoria do garantismo penal integral possibilita, portanto, o resgate daquela que é a verdadeira função do Direito Penal e do Direito Processual Penal: auxiliar o Estado na solidificação do seu dever de protecção e concretização dos direitos fundamentais de toda a coletividade.

Com isso, seguindo a ótica da teoria garantista, os atos dos executores do *ius puniendi* que violam direitos fundamentais precisam ser exterminados do sistema penal, na medida em que as normas do Direito Penal e do Direito Processual Penal jamais podem servir de instrumento para a prática de arbitrariedades contra os direitos fundamentais dos cidadãos, mas, ao contrário, devem ser empregadas na realização desses direitos.

A concretização dos pressupostos trazidos pela teoria do garantismo penal é que permite efetivar “[...] uma protecção dos direitos fundamentais por meio do direito penal, do direito processual penal e da própria atuação policial” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 212).

Para tanto, não se pode olvidar que a teoria do garantismo penal integral impõe a observância de limites ao exercício do *ius puniendi*, ao mesmo tempo em que exige uma forte atuação do Estado na efetivação de todos os direitos fundamentais prescritos na Constituição Federal.

Apresentado o contexto do garantismo penal integral, vale dizer, estabelecidas tanto as premissas que envolvem a aplicação do princípio da proibição à proteção insuficiente - garantismo penal positivo - quanto os parâmetros da vedação ao excesso - garantismo negativo -, esta pesquisa dissertativa continua em busca da resposta ao questionamento definido na sua introdução.

Será que a regra da vedação ao emprego de provas ilícitas nos processos criminais brasileiros, trazida pelo constituinte originário há mais de vinte anos, pode ser afastada a fim de que o Estado cumpra com o seu dever de proteção dos direitos fundamentais difusos, garantindo, em especial, segurança pública de qualidade, ao impedir a impunidade de culpados?

Para contribuir com essa pesquisa, o conceito, a finalidade, a classificação e a importância das provas para o processo penal, bem como as teorias acerca da (in)admissibilidade das provas ilícitas serão enfrentadas no capítulo seguinte.

2 A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 A INDISPENSABILIDADE DAS PROVAS PARA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL

Logo que a ocorrência de um crime chega ao conhecimento dos cidadãos, surge a indagação no sentido de saber se o seu autor ou autores já foram identificados, a fim de que possam ser responsabilizados pela infração penal cometida.

Do mesmo modo, desde o momento em que despontam meras suspeitas de que delitos estão sendo praticados, os cidadãos passam a exigir que o aparelho estatal - mais precisamente a polícia judiciária - vá à busca de elementos capazes de demonstrar a existência desses crimes.

Isso ocorre porque os delitos causam grande repúdio na sociedade, não só por significar violações das regras legitimamente estabelecidas, mas também pelas nefastas consequências que geralmente acarretam para as vítimas e para toda a comunidade.

Atingindo interesses individuais ou difusos⁴², é certo que os crimes sempre afetam diretamente a tranquilidade social, produzindo sentimentos de impotência e de insegurança nos homens, seja pela prática do crime em si ou pelo despreparo do aparelho estatal na investigação dos fatos considerados ilícitos.

Em artigo sobre a política de segurança pública da primeira gestão do Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, Sérgio Adorno (1999, p. 132) menciona que

No Brasil, esse cenário de medo e insegurança parece ter se agravado durante a transição do regime autoritário para a democracia. [...]. Embora as análises disponíveis não sejam consensuais, não se pode desprezar o peso

⁴² A legislação brasileira tipifica como crimes diversos fatos que atingem interesses transindividuais. Exemplo disso é a Lei 9.605/98 que versa sobre os crimes ambientais; a Lei 8.137/90 que trata dos delitos contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo; e por que não a Lei 11.343/06, que disciplina os atos ilícitos afetos às substâncias entorpecentes.

do autoritarismo social e das heranças deixadas pelos regimes autoritários nas agências encarregadas do controle repressivo da ordem pública.

O alastramento desse sentimento de insegurança, especialmente quando delitos bárbaros são cometidos, faz com que ecloda, em meio à população civil, uma forte pressão para que os fatos ilícitos criminais sejam prontamente investigados e punidos⁴³. Do contrário, cresce o descrédito na Justiça e no próprio Estado, enquanto guardião da segurança pública.

Na verdade, o dever de proteção do Estado deveria ser preventivo, cabendo a ele adotar políticas públicas destinadas a impedir que a execução dos delitos fosse sequer iniciada. Contudo, essa discussão extrapola os limites traçados para a presente pesquisa dissertativa, eis que a ela interessa analisar a possibilidade de utilização de provas ilícitas para justificar a imposição de penas a crimes já praticados.

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, é sabido que o ente estatal somente está autorizado a aplicar sanções àqueles que tenham efetivamente praticado crimes, depois de realizar um processo judicial, ao final do qual, fique comprovada tanto a existência - materialidade delitiva - quanto a autoria desse delito.

Aliás, Aury Lopes Junior (2010, p. 4) destaca que, após o Estado proibir a autotutela, assumindo para si o poder de punir, o processo penal surgiu com a finalidade de servir como instrumento legítimo e necessário para a imposição de sanções aos transgressores da lei.

Todavia, seguindo os paradigmas da teoria garantista apresentada no capítulo anterior, não basta o processo penal ser instaurado para a pena ser aplicada. Os limites ao exercício do *ius puniendi* precisam ser observados, sendo fundamental

⁴³ Convém ressaltar, no entanto, que essa pressão popular pode ocasionar um duplo efeito, haja vista que além de servir para impulsionar uma correta atuação do Estado em prol do combate de crimes, é passível de gerar, indevidamente, restrições a garantias fundamentais dos acusados, taxados como “[...] um inimigo comum - o bandido, [...] personagem freqüentemente mal definido e mal identificado.” (ADORNO, 1999, p. 133)

que fique devidamente comprovada a ocorrência do crime, bem como que o acusado seja o seu autor.

Ainda que no mundo fático se saiba que o crime existe e que determinado indivíduo foi o responsável pela sua execução, sem provas judiciais da materialidade e da autoria desse delito não há como puni-lo, e sem cominar sanções o Estado não cumpre com o seu dever de proteção, permitindo a prevalência da impunidade.

Constata-se, com isso, a indispensabilidade das provas para a persecução penal e o correlato exercício do *ius puniendi*. Graças às provas produzidas no curso dos processos criminais⁴⁴ é que a história dos fatos pode ser reconstruída⁴⁵ e o Estado tem condições de dar uma efetiva resposta à sociedade, seja punindo ou inocentando os acusados.

2.2 CONCEITO E FINALIDADE DAS PROVAS

Prova é o instrumento pelo qual é possível demonstrar a ocorrência de determinada situação fática e a maneira como ela foi ou está sendo concretizada. Em outras palavras, é o meio que permite, de certo modo, reproduzir um acontecimento passado ou presente, constatando-se a sua existência.

Discorrendo acerca da natureza e da produção das provas, Nicola Malatesta (2001, p. 87) expressa o seguinte:

Como as faculdades perceptivas são a fonte subjetiva da certeza, as provas são um modo de apreciação da fonte objetiva, que é a verdade. A prova é, portanto, deste ângulo, o meio objetivo com que a verdade atinge o espírito; e o espírito pode, relativamente a um objeto, chegar por meio das provas tanto à simples credibilidade, como à probabilidade e certeza; existirão, assim, provas de credibilidade, de probabilidade e de certeza. A prova, portanto, em geral, é a relação concreta entre a verdade e o espírito

⁴⁴ Ressalta-se que, nas hipóteses previstas no artigo 155 do Código de Processo Penal brasileiro, a prova produzida no inquérito policial também pode ser utilizada para justificar a absolvição ou a condenação dos réus.

⁴⁵ Sobre o papel das provas na reconstrução da história, ver CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 2. ed. Trad. José Antonio Cardinali. Campinas: Bookseller, 2002.

humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza.

No campo jurídico, Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 13) diz que a prova trata “[...], particularmente, da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. Vincula-se, por óbvio, à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um episódio.”

A partir dessas definições, no processo penal, é crível dizer que a prova tem por finalidade produzir no julgador a certeza⁴⁶ de ser o acusado culpado ou inocente em relação ao crime que lhe foi imputado, formando a sua convicção acerca dos fatos trazidos ao debate judicial.

É com base nas provas contidas no processo criminal - e em nada mais⁴⁷ - que o juiz deve proferir sua decisão, deixando sempre exposto quais delas o conduziram a esse entendimento, uma vez que, em acordo com o atual paradigma constitucional democrático, o processo penal brasileiro adotou o sistema do “livre convencimento motivado”⁴⁸, também chamado de “persuasão racional”, na forma estabelecida pelo artigo 155, do Código de Processo Penal.

Vale lembrar que, havendo dúvida acerca da culpabilidade do acusado, o julgador tem a obrigação de lhe absolver, em homenagem ao brocardo do *in dubio pro reo*, consectário do princípio da presunção de inocência, esculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

Seguindo o aludido preceito constitucional, o magistrado, em qualquer ocasião, deve partir da premissa de que todos os cidadãos são inocentes - e assim devem ser considerados até a conclusão do processo criminal, o que se dá com o trânsito em

⁴⁶ A certeza refere-se a “[...] um estado subjetivo da alma [...]” e distingue-se da verdade, pois enquanto esta representa a conformidade entre a “noção ideológica” e a realidade, aquela corresponde à “[...] crença na percepção desta conformidade [...]” (MALATESTA, 2001, p. 25)

⁴⁷ Deve sempre ser lembrado o antigo provérbio jurídico: “aquilo que não está nos autos não está no mundo”.

⁴⁸ Lenio Streck, durante colóquio de direitos fundamentais, realizado na FDV, em 09/08/2011, disse ser um equívoco falar em “livre convencimento”, na medida em que o julgador não tem plena liberdade de decidir, tendo sim o dever de expressar sua convicção em total - e limitado - acordo com o acervo probatório incluído nos autos do processo (informação verbal).

julgado da decisão judicial - não lhe sendo permitido condenar sem ter a certeza de o réu ser culpado pela infração penal descrita pela acusação.

Todavia, atingir essa certeza não significa, necessariamente, encontrar correspondência com a realidade objetiva dos fatos, como explica Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 14):

Em suma, *ter certeza* é, sempre, aspecto subjetivo, gerando, pois, uma verdade igualmente subjetiva, que pode não ser compatível com a realidade (aquilo que efetivamente ocorreu no mundo naturalístico). [...]

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

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

Dada a dificuldade, ou quiçá a impossibilidade, em se alcançar a verdade, principalmente nos limites dos processos judiciais, até mesmo o sistema garantista idealizado por Luigi Ferrajoli - apresentado no item 1.2.1 - contenta-se com a formação da certeza subjetiva - também conhecida por verdade formal ou processual⁴⁹ -, para justificar as condenações criminais.

Enfrentando essa questão, o autor italiano assevera:

A certeza, ainda que não absoluta, a que aspira um sistema penal de tipo garantista não é no sentido de que resultem exatamente comprovados e punidos *todos* os fatos previstos pela lei como delitos, mas que sejam punidos *somente* aqueles nos quais se tenha comprovado a culpabilidade por sua comissão. Em todo o caso, ambas as “certezas” são subjetivas e relativas, afetando “verdades” igualmente opinativas e prováveis. (FERRAJOLI, 2010, p. 103)

Por razões óbvias, Luigi Ferrajoli (2010, p. 50) prefere o processo penal baseado no racionalismo ao modelo puramente decisionista, suscetível às arbitrariedades judiciais incompatíveis com as suas ideias garantistas. Daí, ele afirmar que

⁴⁹ Eugênio Pacelli (2010, p. 346) destaca que “[...] toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica.”

O conceito de verdade processual é, em suma, fundamental não apenas para a elaboração de uma teoria do processo, mas também pelos usos que dele são feitos na prática judicial. E dele não se pode prescindir, salvo que se opte explicitamente por modelos penais decisionistas, e à custa de uma profunda incompreensão da atividade jurisdicional e da renúncia à sua forma principal de controle racional.

Ainda que a certeza formada na mente do julgador não encontre correspondência com a exata realidade dos fatos - verdade real -, mas esteja em plena consonância com as provas produzidas pelas partes⁵⁰, no decorrer do processo, ela é suficiente, ao mesmo tempo em que necessária, para a decisão ser considerada legítima.

Malatesta (2001, p. 88) aduz que

todo o processo penal, no que respeita o conjunto das provas, só tem importância do ponto de vista da certeza do delito, alcançada ou não. Qualquer juízo não pode resolver senão em uma condenação ou absolvição e é precisamente a certeza conquistada do delito que legitima a condenação, como é a dúvida, ou, de outra forma, a não conquistada certeza do delito, que obriga à absolvição.

Nota-se, novamente, a importância das provas para o deslinde dos processos criminais. É o acervo probatório produzido no decorrer destes processos que possibilita ou não aos julgadores conquistarem a certeza sobre as questões fáticas neles discutidas, encontrando fundamentos legítimos para justificarem suas decisões.

Decisões judiciais essas passíveis de provocar efeitos nefastos sobre as pessoas dos condenados, além de afetar, direta ou indiretamente, direitos fundamentais das vítimas e de toda a sociedade, conforme discutido no capítulo anterior.

Socorrendo-se ao uso da metáfora, pode-se concluir que as provas são o leme do processo. São elas que definem a direção a ser seguida pelos julgadores e o porto ao qual devem chegar de maneira segura e satisfatória.

⁵⁰ Quanto ao ônus da prova, no processo penal, ver item 1.2.1.9 desta dissertação.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

A doutrina apresenta várias classificações acerca das provas - provas diretas e indiretas, provas pessoais e reais (MALATESTA, 2001, p. 118), provas típicas ou nominadas e atípicas ou inominadas, dentre outras -, mas interessa ao objeto do presente estudo dissertativo analisar a classificação que as divide entre provas lícitas e provas ilícitas.

Cumprido esclarecer, desde logo, que a classificação a seguir apresentada não tem o intuito de exaurir a temática, possibilitando identificar se determinada prova deve ser considerada lícita ou ilícita. Isso ocorre porque o presente estudo dissertativo já parte do pressuposto de que certa prova foi classificada como ilícita, analisando sua (in)admissibilidade no processo penal brasileiro.

2.3.1 Provas lícitas e provas ilícitas

Quando produzidas em pleno acordo com os ditames da legislação em vigor, diz-se que a prova é lícita, não havendo, por conseguinte, aporias quanto a sua utilização na fundamentação de decisões judiciais. Ao contrário, como visto, elas são indispensáveis para a legitimação do exercício da jurisdição.

Por outro lado, caso deixem de seguir atentamente as regras contidas no ordenamento jurídico, as provas serão consideradas ilícitas, encontrando, no Brasil, o óbice do já mencionado artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal⁵¹, aplicável a todos os processos, sejam administrativos, cíveis ou criminais.

⁵¹ “Art. 5º. [...]”

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

A expressão “prova ilícita” - que integra o objeto da presente pesquisa dissertativa - corresponde a um gênero que contempla duas espécies⁵²: as provas ilegítimas e as provas ilícitas propriamente ditas.

Provas ilegítimas são aquelas produzidas em desacordo com normas de direito processual. Exemplos clássicos de provas ilegítimas no Direito Processual Penal brasileiro são as apresentadas no plenário do Tribunal do Júri sem que a parte contrária tenha delas tomado conhecimento com a antecedência de três dias, como determina o artigo 479 do Código de Processo Penal, e o testemunho prestado por pessoas proibidas de o fazer, na forma do artigo 207 do mesmo diploma normativo.

Por sua vez, as provas ilícitas propriamente ditas são as que não seguem as regras de direito material. A título ilustrativo, pode-se citar a confissão colhida mediante o emprego de tortura e a busca e apreensão realizada em domicílios, sem autorização judicial.

Com os avanços tecnológicos do mundo globalizado, os direitos fundamentais à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, por exemplo, ficaram cada vez mais vulneráveis a violações, de modo que, nos dias de hoje, as discussões envolvendo provas ilícitas tornaram-se um dos principais temas de enfoque do Direito Processual Penal moderno (FERNANDES, 2002, p. 83).

Tanto é assim, que, no ano de 2008, foi promulgada a Lei Federal 11.690, a qual, entre outras alterações, introduziu, no Código de Processo Penal brasileiro, a vedação ao emprego das provas ilícitas, passando este a disciplinar, em seu artigo 157, o seguinte:

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

[...]

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

⁵² Há autores que preferem diferenciar prova ilegal, ilegítima e ilícita, sendo aquele o gênero do qual estas duas são espécies. A título de exemplo, ver Aury Lopes Junior (2010, p. 583), Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 84) e Paulo Rangel (2005, p. 427).

O legislador brasileiro cuidou de definir o que são classificadas como “provas ilícitas”, determinando que todas aquelas que forem alcançadas em desacordo com as normas estabelecidas na Constituição Federal ou nas leis infraconstitucionais sejam retiradas do processo criminal e destruídas, já que não poderão fundamentar a conclusão do julgador⁵³.

Na realidade, como a Carta Republicana de 1988 e o Código de Processo Penal brasileiro dizem que as provas ilícitas são inadmissíveis, elas não poderiam sequer ser juntadas ao processo, sendo tarefa do juiz impedir o ingresso delas aos autos (SILVA, C., 2010, p. 14). No entanto, caso venham a ser anexadas ao caderno processual, elas devem ser desentranhadas de ofício pelo magistrado ou a requerimento das partes⁵⁴.

A partir daí, verifica-se que o direito à produção de provas no processo penal, como “[...] qualquer direito, também está sujeito a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.” (GOMES FILHO, 1997, p. 91)

Dito de outro modo, embora imprescindível para a persecução penal, a produção de provas não pode ser realizada à revelia dos preceitos normativos expressos no ordenamento jurídico, representando a vedação das provas ilícitas mais um limite ao exercício do *ius puniendi* estatal.

Ao enfrentarem os limites ao direito de prova no Direito Processual Penal brasileiro, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (2011, p. 124) enfatizam que

⁵³ O artigo 157 do Código de Processo Penal também iria proibir, em seu §4º, que o juiz que tivesse acesso à prova ilícita proferisse a decisão final do processo, visando evitar que sua decisão fosse, direta ou indiretamente, influenciada por essa prova. Contudo, considerando a dificuldade em ser aplicado em todo o território nacional - haja vista o reduzido número de juízes em algumas comarcas - o referido parágrafo acabou sendo vetado.

⁵⁴ Vale ressaltar que a presença de provas ilícitas no processo criminal não o torna nulo, bastando que elas não sejam referenciadas pelo julgador na fundamentação da sentença (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 53).

[...] é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.

Nesse ponto, é pertinente estabelecer uma ligação entre as provas ilícitas e o garantismo penal discutido no capítulo anterior, lembrando que, para cumprir com o seu dever de proteção, assegurando o direito fundamental difuso à segurança pública - garantismo penal positivo -, o Estado não pode simplesmente ignorar os direitos fundamentais individuais dos suspeitos, dos acusados e dos condenados - garantismo penal negativo.

De acordo com esses dois prismas que compõe a teoria do garantismo penal integral, o Estado-juiz deve primar, na condução dos processos criminais, pela irrestrita regularidade destes, evitando que o ofensor do direito fique impune, mas também impedindo que sofra sanções ao arrepio da lei, protegendo, por conseguinte, tanto os direitos fundamentais difusos e coletivos quanto os direitos fundamentais individuais.

O problema é como fazer - se é que é possível fazer - o balanceamento entre essas duas facetas dos direitos fundamentais, no que tange à (im)possibilidade do uso de provas ilícitas para fundamentar sentenças penais condenatórias. Mas isso será enfrentado mais adiante, em capítulo específico para o desenvolvimento da temática.

A principal justificativa da vedação ao emprego de provas ilícitas para condenar os réus encontra-se no fato de que o Estado, embora responsável pela segurança pública, não está autorizado a ofender direitos fundamentais de suspeitos/acusados, para combater violações anteriores, já que, dessa forma, estaria reprimindo crimes por meio da prática de outros delitos.

Segundo Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 99),

Especialmente na área criminal, em que se cuida de restaurar a ordem violada pelo delito, seria inconcebível que o Estado, para impor a pena, se utilizasse de métodos que não levassem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em consequência, a legitimação de todo o sistema punitivo.

Para o referido autor, o emprego da prova ilícita, no processo penal brasileiro, retira deste a legitimidade para a cominação de punições aos transgressores da lei, haja vista que o convencimento do julgador seria formado por meio de elementos estranhos ao direito, violando os atuais paradigmas que consagram o Estado Democrático.

A regra constitucional e legal da inadmissibilidade das provas ilícitas vai, portanto, além da preservação dos preceitos éticos e morais, procurando, especialmente, controlar a regularidade da persecução penal, “[...] inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção.” (OLIVEIRA, 2010, p. 357)

O motivo da preocupação do constituinte e do legislador ordinário brasileiros com o uso de provas ilícitas já foi comentado em momento anterior: frear a atuação do Estado enquanto titular do *ius puniendi*, de modo a impedir o retorno das temidas arbitrariedades por ele executadas durante o período marcado pelo autoritarismo militar.

Com base nesses argumentos - e, notadamente, nos postulados que informam o Estado Democrático de Direito -, o emprego de provas ilícitas, para fundamentar a condenação de acusados pelo cometimento de crimes, não é aceita por grande parte da doutrina e da jurisprudência nacional⁵⁵.

Mas vale destacar que não é somente a prova ilícita em si que encontra o obstáculo do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal e do artigo 157 do Código de Processo Penal. As provas que são “contaminadas” por provas ilícitas, sendo, por

⁵⁵ As exceções serão enfrentadas no próximo capítulo.

isso, denominadas de provas ilícitas por derivação, também podem vir a ser descartadas do processo.

2.3.2 Provas ilícitas por derivação: a teoria dos frutos da árvore envenenada

De acordo com o citado artigo 157 do Código de Processo Penal (CPP) - com redação dada pela Lei Federal 11.690/2008 -, em regra, também não podem ser admitidas, nos processos criminais brasileiros, as provas derivadas daquelas evidadas de ilicitude.

Em seu §1º, o referido artigo 157 do CPP prescreve:

Art. 157. [...]

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Se no curso de uma interceptação telefônica ilícita, por exemplo, for descoberta a existência de pessoas que presenciaram a execução do crime investigado, caso elas sejam arroladas como testemunhas, suas declarações, a princípio, não poderão ser utilizadas na fundamentação da sentença condenatória, uma vez que foram obtidas graças à produção de uma prova ilícita.

Embora exista prova suficiente para demonstrar a materialidade⁵⁶ e a autoria do crime - qual seja, a prova testemunhal -, pelo fato dela ter origem em uma prova ilícita, o delito permanecerá impune.

Conforme será mostrado mais a frente, essa circunstância possibilita o surgimento de críticas no sentido de que a “teoria das provas ilícitas por derivação” pode impedir ou dificultar a concretização do direito fundamental à segurança pública, o qual,

⁵⁶ Mesmo nos crimes que deixam vestígios, o Código de Processo Penal brasileiro admite, excepcionalmente, que o exame de corpo de delito seja suprido pela prova testemunhal, conforme prevê o seu artigo 167.

como visto, encontra-se entre os bens jurídicos mencionados por Luigi Ferrajoli (2010, p. 433) que merecem ser tutelados pelo Direito Penal e pelo Direito Processual Penal.

A “teoria das provas ilícitas por derivação” é originária do direito norte americano e ficou conhecida como “teoria dos frutos da árvore envenenada”. Analisada de forma isolada, a prova seria formalmente lícita, mas por ter sido produzida a partir de uma prova ilícita foi por esta contaminada, devendo, segundo a teoria, ser igualmente afastada do processo criminal (FERNANDES, 2002, p. 89).

A base de sustentação dessa teoria permanece a mesma da inadmissibilidade das provas produzidas de forma ilegal, ou seja, impedir que o ente estatal - titular do *ius puniendi* - consiga auferir benefícios por meio da utilização de subterfúgios contrários ao direito (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 54).

Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 81-82) ressalta, ainda, que a “teoria das provas ilícitas por derivação” também tem por escopo desestimular a prática de ações ilegais por parte dos agentes policiais, tendo em vista que elas podem viciar toda a investigação, ocasionando o descarte do trabalho realizado.

Certamente, a vedação ao emprego de provas ilícitas por derivação é capaz de fazer com que os agentes estatais - principalmente aqueles engajados no combate à criminalidade - redobrem a atenção durante a realização de suas tarefas, buscando agir em pleno acordo com a legislação em vigor, para que o trabalho desenvolvido não seja prejudicado.

A Suprema Corte brasileira, antes mesmo da entrada em vigor da nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal⁵⁷, já encampava a “teoria dos frutos da árvore envenenada”, de modo a repelir não apenas condenações baseadas em provas ilícitas, mas também decisões judiciais sustentadas em provas delas providas.

⁵⁷ A Lei Federal 11.690 entrou em vigor 60 (sessenta) dias após a sua publicação, que se deu em 09 de junho de 2008.

Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) pode ser ilustrado por meio da transcrição de trechos da ementa do acórdão proferido nos autos do Habeas Corpus 93.050/RJ⁵⁸:

FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS, SEM MANDADO JUDICIAL - [...] PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - [...]. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "due process of law" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - [...] - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. [...].

O STF, além de não aceitar o uso das provas ilícitas, afasta o emprego das provas que delas derivam, por acreditar que, tanto aquelas quanto estas, ofendem um dos preceitos basilares do constitucionalismo brasileiro moderno, estatuído na regra do devido processo legal.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal expressa sua preocupação com a garantia da proteção dos direitos fundamentais dos acusados, destacando mais um limite do Estado no exercício do *ius puniendi*, a fim de estorvar a ocorrência de excessos nas investigações e nas punições dos delitos.

⁵⁸ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 93050/RJ. Luiz Felipe da Conceição Rodrigues e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Celso de Mello. Brasília, 10 jun. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 12 jul. 2011.

Por sua vez, a doutrina nacional demonstra inquietude quanto à aplicação da “teoria das provas ilícitas por derivação”, especialmente, em relação aos efeitos que dela podem advir.

Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 89) chega a defender que a extrema limitação imposta pela “teoria dos frutos da árvore envenenada” mostra-se inadequada, uma vez que

Já se aventou, por exemplo, possibilidade de pessoas ligadas à organização criminosa, até mesmo policiais, produzirem intencionalmente uma prova ilícita para, com isso, impedir o sucesso de investigação em andamento, pois tudo o que viesse a ser obtido nessa averiguação seria considerado ilícito em virtude da contaminação ocasionada pela prova ilicitamente forjada.

Na mesma linha de raciocínio, Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p. 376-377) ressalta que a extensão dessa teoria pode impossibilitar a punição do infrator da lei, conferindo-lhe uma indevida imunidade. Em decorrência disso, sustenta que a eventual contaminação das provas constantes do processo criminal precisa ser minuciosamente analisada caso a caso, de maneira que a “teoria das provas ilícitas por derivação” não se torne absoluta.

Talvez por isso, o legislador brasileiro cuidou de assentar, no próprio §1º do artigo 157 do Código de Processo Penal, duas situações que excepcionam a “teoria dos frutos da árvore envenenada”: a teoria da fonte independente e a teoria da descoberta inevitável⁵⁹.

2.3.2.1 Teoria da fonte independente

Ainda destrinchando o mesmo artigo 157 do Código de Processo Penal brasileiro, verifica-se que o seu §2º trouxe a definição de fonte independente, prescrevendo o seguinte:

⁵⁹ No direito norteamericano, são aceitas, ainda, outras duas exceções à “teoria das provas ilícitas por derivação”: a do vício sanado e a da boa-fé, que não serão enfrentadas nesse trabalho por não encontrarem respaldo no ordenamento jurídico, na doutrina e nem na jurisprudência brasileira.

Art. 157. [...]

§ 2º 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.

Contudo, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2009, p. 57) entendem que esse “[...] conceito legal [...] não é de fonte independente, mas da exceção da descoberta inevitável”, a qual será analisada em seguida.

Isso porque, na teoria da fonte independente, o que rechaça a possível ilicitude da prova posterior é a inexistência de nexo causal - relação de causa e efeito - entre a prova primitiva, produzida com violação às normas do direito, e a prova subsequente.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p. 376) destaca que

[...] 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.

Assim, pode-se dizer que a teoria da fonte independente encontra-se positivada, dentro da atual ordem processual penal brasileira, na primeira exceção trazida pelo §1º do artigo 157 e não no aludido §2º desse mesmo artigo de lei.

Desde antes da vigência da Lei 11.690/2008 - que, como dito, imprimiu nova redação ao artigo 157 do Código Processual Penal -, o Supremo Tribunal Federal já admitia a aplicação da teoria da fonte independente, conforme se vê no acórdão do Recurso em *Habeas Corpus* 90.376/RJ⁶⁰, cuja ementa tem trecho a seguir transcrito:

[...] - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO

⁶⁰ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso em Habeas Corpus 90376/RJ. Sérgio Augusto Coimbra Vial e Ministério Público Federal. Relator: Celso de Mello. Brasília, 03 abr. 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28 ago. 2011.

DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.

Para exemplificar essa teoria, é possível utilizar o mesmo exemplo empregado no item 2.3.2. Se uma interceptação telefônica ilícita demonstrar que existem pessoas que presenciaram o crime e elas vierem a ser arroladas para testemunhar os fatos em decorrência de circunstância alheia a essa interceptação - como no caso de ser referida por outra testemunha -, os depoimentos por elas prestados não poderão ser considerados ilícitos, haja vista que partiram de uma “fonte independente”.

César Dario Mariano da Silva (2010, p. 24) salienta, contudo, que a fonte independente não chega a representar uma exceção à “teoria das provas ilícitas por derivação”, eis que “[...] não havendo nexos de causalidade entre a prova ilícita e outra prova qualquer, esta não será contaminada, uma vez que não decorrente da prova considerada ilícita.”

Se não há nexos de causalidade entre a prova posteriormente produzida e a prova ilícita primária, realmente não há que se falar em derivação de uma pela outra. Como o próprio nome da teoria diz, essas provas são totalmente independentes, uma vez que conhecidas a partir de fontes autônomas, o que, por si só, põe de lado a “teoria dos frutos da árvore envenenada”.

Resta, com isso, analisar a outra - e, na verdade, única - exceção à “teoria das provas ilícitas por derivação” prevista pelo legislador ordinário brasileiro, qual seja, a teoria da descoberta inevitável.

2.3.2.2 Teoria da descoberta inevitável

Também conhecida como “teoria da prova que seria obtida de qualquer modo”, a descoberta inevitável afasta a ilicitude da prova derivada, na medida em que apesar

de ter sido alcançada a partir de uma prova ilegal, ela já seria, supostamente, encontrada mesmo no caso da prova ilícita não ser produzida (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 54).

Com base no mesmo exemplo já comentado, se uma interceptação telefônica ilícita demonstrar a presença de pessoas na cena do crime e elas forem convocadas para testemunhar os fatos, o testemunho por elas prestado poderá ser considerado válido, quando verificado que essas pessoas acabariam sendo intimadas para depor, caso fosse seguida a linha frequente de investigação, ou seja, mesmo que não fosse realizada a interceptação ilícita.

Sempre que a prova descoberta *a posteriori* já pudesse, desde sempre, ser encontrada por meio dos métodos de investigação corriqueiramente empregados na persecução penal, ela poderá ser classificada como lícita, em decorrência da teoria da descoberta inevitável (OLIVEIRA, 2010, p. 375).

Na prática, a prova secundária foi descoberta graças à prova ilícita, mas, por meio de um exercício mental, é admissível ignorar a informação recebida da prova ilegal primitiva, afastando, por conseguinte, os vícios dela advindos.

Diferente da teoria da fonte independente, a teoria da descoberta inevitável trabalha no campo das hipóteses e das meras suposições. Enquanto naquela é possível visualizar, no caso concreto, a ruptura do nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova obtida em momento ulterior, nesta o rompimento se dá exclusivamente no mundo das ideias (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 57).

Essa abstração da teoria da descoberta inevitável e a dificuldade em identificar a (in)existência do nexo causal entre as provas, na teoria da fonte independente, fazem com que elas sejam censuradas por parte da doutrina, que coloca em dúvidas a legitimidade do emprego das mesmas, no momento do julgamento do processo criminal.

Dentro dessa corrente de pensamento, Aury Lopes Junior (2010, p. 594) deixa registrada sua crítica:

Como construção teórica, a tese da fonte independente (e também do encontro inevitável) é bastante clara e lógica, mas revela-se perversa quando depende da casuística e da subjetividade do julgador, na medida em que recorre a conceitos vagos e imprecisos (como é a própria discussão em torno do nexu causal) que geram um espaço impróprio para a discricionariedade judicial.

A subjetividade e a discricionariedade do julgador são questões que de fato suscitam controvérsias na discussão sobre as provas ilícitas, merecendo, por isso, ser mais bem estudadas a parte, o que ocorrerá no capítulo 3. Mas antes disso, há outras teorias que versam sobre a (in)admissibilidade das provas ilícitas no Direito Processual Penal brasileiro que também merecem ser analisadas.

2.4 OUTRAS TEORIAS ACERCA DA (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

2.4.1 Ilícitude praticada por particular

Se o principal fundamento da inadmissibilidade das provas ilegais está no fato de que o Estado não pode praticar atos ilícitos para combater outros delitos, desestimulando, assim, os agentes estatais de cometerem arbitrariedades contra a pessoa do acusado, a questão estaria superada, no caso de a prova ser produzida por um particular.

Em outras palavras, interpretando o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal brasileira tão somente no sentido de representar um limite imposto ao exercício do *ius puniendi* estatal, não haveria empecilhos à utilização de provas ilícitas descobertas por pessoas que não integram a estrutura responsável pela persecução penal (SILVA, B., 2010, p. 97).

A prova fabricada em desconformidade com o direito seria aceita para justificar a condenação do réu, e o particular responsável pela sua produção - seja a própria vítima do crime investigado ou um terceiro - ficaria suscetível a responder, inclusive penalmente, pela violação cometida ao direito do acusado.

Nos Estados Unidos, a prova ilícita obtida por particular é aceita sem restrições, na medida em que, lá, acreditam que a proibição da prova ilegal é dirigida exclusivamente ao Estado - enquanto entidade incumbida da produção de provas - e não aos particulares (ANDRADE, M., 2006, p. 153).

Já no Brasil, a questão não é enfrentada sob a mesma ótica. Caso emblemático, citado reiteradamente pela doutrina⁶¹, foi enfrentado no Recurso Extraordinário 251.445-GO⁶², quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a vedação das provas ilícitas estende-se àquelas obtidas por particulares. Nessa oportunidade, o Ministro Celso de Mello destacou:

[...]. 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, [...], 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. [...]. Se, [...], como ocorreu no caso ora em exame, a prova penal incriminadora resultar de ato ilícito praticado por particular, e a res furtiva, por efeito de investigação criminal promovida por agentes policiais, for por estes apreendida, também aqui - mesmo não sendo imputável ao Poder Público o gesto de desrespeito ao ordenamento jurídico, posto que concretizado por um menor infrator - remanescerá caracterizada a situação configuradora de ilicitude da prova. [...].

O caso tratava de recurso interposto pelo Ministério Público em face de acórdão que havia absolvido os réus em relação ao delito tipificado no artigo 241 da Lei 8.069/90⁶³ - Estatuto da Criança e do Adolescente -, inobstante o processo ter sido

⁶¹ A título exemplificativo, ver Bruno César Gonçalves da Silva (2010, p. 27-33) e Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p. 388-389).

⁶² BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 251445/GO. Ministério Público Estadual e Waldemar Lopes de Araújo. Relator: Celso de Mello. Brasília, 21 jun.2000. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 24 jul. 2011.

⁶³ Na época dos fatos, o artigo 241 da Lei 8.069/90 possuía a seguinte redação: “Art. 241. Fotografar ou publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão de 1 a 4 anos.”

instruído com fotografias de poses pornográficas protagonizadas pelos acusados juntamente com menores, demonstrando a consumação do referido crime.

Pelo fato de as fotografias terem sido furtadas do interior de um cofre existente no consultório profissional de um dos recorridos, sendo entregues, posteriormente, à polícia, o Tribunal de Justiça de origem as classificou como provas ilícitas, em decorrência da violação ao “domicílio” do acusado, o que foi ratificado pelo Supremo Tribunal Federal ao manter a absolvição dos réus.

A Corte Suprema brasileira optou por se conservar fiel à posição adversa ao uso das provas ilícitas para justificar condenações criminais, mesmo elas tendo sido obtidas por particulares que não possuíam quaisquer vínculos com o poder estatal.

A partir do julgamento acima comentado, é possível verificar novamente que o Supremo Tribunal Federal vê, na inadmissibilidade das provas ilícitas, não apenas um simples limite a ser observado pelos agentes do Estado, mas, principalmente, uma garantia aos direitos fundamentais individuais dos sujeitos que sofrem a imputação penal.

Para o referido Tribunal, pouco importa quem seja o transgressor da regra atinente à vedação das provas ilícitas, deixando claro que tanto o Estado quanto os particulares têm o dever de respeitar os direitos fundamentais individuais dos suspeitos/acusados.

No entanto, até os dias atuais, a doutrina continua tecendo críticas à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal naquela ocasião, uma vez que ele teria desprezado a gravidade das lesões que as vítimas do crime terão que carregar por toda a vida (OLIVEIRA, 2010, p. 389).

Por isso, conforme será enfrentado no próximo capítulo, há quem defenda, em casos como esse, a aplicação do princípio da proporcionalidade, de forma a se ponderar, diante de cada situação em concreto, a possibilidade de ser afastada a proibição das provas ilícitas.

2.4.2 Encontro fortuito de provas

Mais uma questão que suscita controvérsias na seara da regra constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas, dentro do Direito Processual Penal brasileiro, refere-se ao denominado encontro fortuito de provas.

Autorizada a realização de interceptação telefônica ou de busca e apreensão na casa de um suspeito⁶⁴, pode acontecer de serem descobertas provas relacionadas a crime diverso daquele objeto das investigações, fazendo surgir a seguinte dúvida: é possível utilizar essas provas no processo criminal ou elas devem ser classificadas como ilícitas?

Aury Lopes Junior (2010, p. 574 e 578-579), pautando-se na excepcionalidade das restrições a direitos fundamentais, entende que os fatos ilícitos alheios àquele que ensejou a autorização da medida cautelar não poderão ser punidos com base na prova encontrada fortuitamente. Segundo ele, tal descoberta teria apenas o condão de impulsionar a instauração de nova investigação para apurar o outro delito, mas jamais ser empregada como prova na fundamentação de uma sentença condenatória.

Já Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 101-102) acredita que a questão não pode ser enfrentada de forma absoluta, preferindo adotar o que denomina de “ponto médio”. Veja-se:

Problema difícil é o da obtenção de prova de crime diverso daquele que foi objeto da autorização. [...].

Em princípio, haverá ilicitude por desvio do objeto da interceptação ou busca autorizada, mas nem toda prova obtida em relação a crime diverso daquele da autorização será ilícita e, por isso, inadmissível. O critério deve ser o da existência de nexos entre os dois crimes.

Quando existir uma conexão entre o crime que estava sendo efetivamente investigado e o que foi descoberto de forma aleatória, a prova será considerada lícita

⁶⁴ O parágrafo único, do artigo 2º, da Lei 9.296/96 - que regulamenta a interceptação telefônica - e o artigo 243 do Código de Processo Penal - que traz o procedimento da busca e apreensão - exigem que o objeto da investigação seja delimitado pela autoridade judicial.

e, conseqüentemente, poderá ser utilizada para justificar a condenação por este delito.

A título de ilustração, é o que pode ocorrer se durante uma busca e apreensão destinada a investigar um crime de homicídio, forem localizadas provas do delito de tráfico de drogas ilícitas que teria motivado a concretização daquele crime. Demonstrada a relação de causalidade entre os delitos, não há, para essa segunda corrente, nenhum impedimento ao uso da prova encontrada de forma fortuita.

O problema é que esse posicionamento deixa, mais uma vez, sob a discricionariedade e a subjetividade do julgador a identificação da (in)existência do nexo causal entre os crimes, o que, como já mencionado, nem sempre constitui uma tarefa simples, merecendo críticas que serão aprofundadas no capítulo seguinte.

Por fim, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2009, p. 58-59) filiam-se a uma terceira corrente, a qual admite de forma ampla o encontro fortuito de provas, desde que a descoberta da prova relacionada ao crime diverso ocorra durante operações estatais realizadas em acordo com os ditames da lei. Para esses autores, se a investigação é lícita não há como ela produzir uma prova ilícita, de forma que todos os elementos de convicção dela advindos podem ser empregados para embasar a condenação criminal.

2.4.3 Prova ilícita *pro reo*

Ao contrário dos temas acima apresentados que agregam diversas polêmicas ao estudo da inadmissibilidade das provas ilícitas, há uma questão que está praticamente consolidada na doutrina e na jurisprudência brasileiras: o uso da prova ilícita em benefício do réu, ou seja, para demonstrar a sua inocência.

Conforme diz Francesco Carnelutti (2002, p. 47 e 63), além de a instauração do processo penal já imprimir aos acusados um sofrimento até maior do que os transtornos que lhes são impingidos pela pena - especialmente quando se trata de

inocentes - aos réus também não interessa a absolvição por falta de provas, tendo em vista que, nesse caso, o processo nunca terminará, permanecendo pendente, sobre eles, a pecha da acusação.

O melhor resultado para os réus é a absolvição em decorrência da existência de provas no sentido de não terem qualquer envolvimento com a ocorrência do evento criminoso, eis que somente assim voltarão, na prática, a serem reconhecidos pela sociedade como inocentes.

Demonstrando sua preocupação com condenações injustas, Vicente Greco Filho (1989, p. 112), salienta que o

[...] texto constitucional não pode ser interpretado de maneira radical. Haverá situações em que a importância do bem jurídico envolvido no processo e a ser alcançado com a obtenção irregular da prova levará os tribunais a aceitá-la. Lembre-se, por exemplo, uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente. Tal prova teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal.

É aceitável, então, que o réu faça uso de todos os instrumentos que estiverem ao seu alcance para comprovar a sua inocência, retirando de si o estigma de criminoso, que, infelizmente, no Brasil, não é atribuído apenas aos condenados por sentença judicial transitada em julgado, em flagrante desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Adepto dessa linha de pensamento favorável aos acusados, Paulo Rangel (2005, p. 431) defende, inclusive, que, ao se valer de provas obtidas de forma contrária à legislação, para demonstrar a sua inocência, o réu não deve nem mesmo ser punido por essa infringência à lei, eis que estará agindo sob o amparo da excludente de ilicitude do estado de necessidade, encontrando-se, portanto, em acordo com o direito.

Há, ainda, doutrinadores que, fundamentados no princípio da proporcionalidade - que será abordado no próximo capítulo -, consentem com o uso de provas obtidas por meios ilícitos para absolver o réu, ante a prevalência do postulado da ampla

defesa (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2011, p. 129), bem como dos corolários da dignidade da pessoa humana e da liberdade (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 50).

Sob essa perspectiva, os direitos fundamentais de um inocente, principalmente a sua liberdade e a sua dignidade, deverão sempre preponderar sobre os direitos fundamentais de outros particulares, cujas violações sejam indispensáveis para o pleno exercício da defesa daqueles.

Nota-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade para admitir o uso da prova ilícita em favor do acusado não se preocupa com o potencial ofensivo do crime que lhe está sendo imputado no caso concreto, tratando-se, portanto, de uma ponderação *in abstracto*.

Em que pese a prova ilícita ir de encontro aos preceitos instituídos pela ordem constitucional vigente, Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 33) ressalta que deve ser aberta uma

[...] indispensável exceção, quando se estiver inserido no cenário do confronto entre a prova ilícita e a inocência do réu. Neste caso específico, continua a ser utilizado o critério da proporcionalidade, devendo-se, se necessário, utilizar a prova ilícita para garantir a absolvição do acusado, independentemente das medidas que possam ser tomadas contra o autor da obtenção da referida prova. Na realidade, a ponderação se faz em nível constitucional. A vedação à utilização da prova ilícita no processo se choca com a presunção de inocência e com a ampla defesa, merecendo prevalecer estes últimos princípios, pois vinculados à liberdade individual. O outro princípio conecta-se ao processo e à atuação do Estado, razão pela qual, axiologicamente, é menos relevante.

Como se vê, o princípio da proporcionalidade é recorrentemente utilizado para justificar o uso de provas ilícitas para beneficiar o réu. Resta saber se é possível aplicar o mesmo raciocínio para mitigar a regra constitucional da inadmissibilidade das provas ilícitas em favor da sociedade, ou seja, para condenar o acusado. A resposta a essa indagação será buscada na sequência deste trabalho.

3 GARANTISMO PENAL NEGATIVO E GARANTISMO PENAL POSITIVO: O CONFLITO ENTRE OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS E DO DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA

No decorrer deste estudo dissertativo, afirmou-se, por diversas vezes, que o Estado tem a obrigação de garantir proteção ao direito fundamental difuso à segurança pública. Afinal, foi exatamente com o escopo de trazer segurança aos cidadãos que ele foi instituído no período moderno, quando os homens decidiram abdicar da autotutela, outorgando-lhe o monopólio do *ius puniendi*.

Não é de hoje que o Estado possui a árdua missão de despersuadir a digladição entre os particulares, reprimindo, quando preciso, as eventuais violações aos direitos alheios, a fim de que os cidadãos possam se sentir protegidos na vida em sociedade.

Ocorre que ao exercer o seu poder/dever de punir, o ente estatal também tem que seguir atentamente as várias regras que o limitam, de modo a respeitar, concomitantemente, os direitos fundamentais individuais de todos aqueles que sofrem a imputação penal.

A partir daí, forma-se um nítido conflito entre os direitos fundamentais individuais dos suspeitos/acusados e o direito fundamental social à segurança pública, que, no capítulo 1, foram abordados, respectivamente, sob a ótica do garantismo penal negativo e do garantismo penal positivo.

Resumindo esse dualismo presente no campo penal, Eugênio Pacelli de Oliveira (2001, p. 297) bem registra:

Não é novidade, ao menos a partir de 1988, com a instauração da nova ordem democrática, que a questão fundamental do processo penal reside na tensão, aparentemente insolúvel, de dois valores (positivados) ou princípios frequentemente em conflito, quais sejam, o da segurança pública, com a sua necessária realização na jurisdição penal, e o da tutela das garantias individuais, a ser igualmente efetivada no processo. De um lado,

então, a necessidade da efetiva aplicação das normas de direito penal, no contexto do controle da criminalidade relevante, e, do outro, a garantia de estrita observância das regras processuais previamente estabelecidas, voltadas para a proteção do indivíduo diante do Estado.

Isso leva à convicção de que a tarefa dos operadores do Direito Penal e do Direito Processual Penal não é fácil. Eles precisam, a todo tempo, trabalhar com essa permanente tensão entre as duas facetas do garantismo, vinculadas diretamente àquela dupla dimensão - subjetiva e objetiva - dos direitos fundamentais, também comentada no capítulo 1.

Além de imporem limites ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, os direitos fundamentais lhes servem de fonte de legitimação, sendo, por isso, necessário encontrar a compatibilidade entre a preservação desses direitos e a aplicação da legislação penal em acordo com os ditames da Constituição (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 213-214).

Trazendo esse dilema para o objeto da presente pesquisa, interessa analisar, em especial, o conflito entre as garantias constitucionais da inadmissibilidade das provas ilícitas e da segurança pública, a fim de que se possa encontrar uma resposta à pergunta definida ainda na introdução deste trabalho: é admissível o uso da prova ilícita no processo penal brasileiro quando for a única capaz de demonstrar a prática de uma conduta criminosa e/ou a sua autoria, de forma a permitir ao Estado combater a impunidade?

Em seus escritos do século XVIII, Jean-Jacques Rousseau (1998, p. 29) já ressaltava que “[...] o direito de cada particular sobre seus próprios bens está sempre subordinado ao direito da comunidade sobre todos, sem o que não se teria solidez o vínculo social, nem força real o exercício da soberania.”

Na linha de raciocínio do filósofo político suíço, é possível dizer que o direito fundamental individualizado à vedação das provas produzidas em desconformidade com as regras legais - artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988 - ficaria continuamente subordinado ao direito fundamental difuso à segurança pública - artigos 5º, *caput*, e 144 da mesma Carta Republicana -, de forma que seria legítimo

ao Estado utilizar daquelas provas para justificar a condenação de acusados pela prática de crimes.

Entretanto, a questão não é tão simples quanto pode parecer em um primeiro exame, haja vista que envolve direitos muito caros a todos os cidadãos, notadamente, o direito à liberdade, o qual precisa ser analisado tanto sob o ponto de vista dos acusados que podem vir a ter seus direitos fundamentais restringidos em decorrência de uma prova ilegal, quanto sob o ângulo dos demais cidadãos que se veem trancafiados no interior de suas residências por não terem segurança de sair às ruas, diante da criminalidade exacerbada.

É necessário encontrar o “ponto arquimediano” - para lembrar a teoria de René Descartes (1979, p. 91) -, ou seja, um ponto de partida seguro para o desenvolvimento de um processo cognitivo apto a contribuir para a resolução desse tormentoso embate entre os aludidos direitos fundamentais à segurança pública e à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

Em busca da superação do choque entre direitos fundamentais, muitos estudiosos recorrem ao princípio da proporcionalidade⁶⁵, originado no direito alemão - com correspondência no princípio da razoabilidade do direito norteamericano -, a fim de que, por meio da ponderação dos interesses e dos valores em conflito, possa ser identificado qual dos direitos fundamentais deve prevalecer diante das circunstâncias jurídicas e sociais de cada caso concreto.

3.1 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS PERIGOS DA DISCRICIONARIEDADE E DA SUBJETIVIDADE CONFERIDAS AO JULGADOR

Maria Luiza Streck (2009, p. 65) enaltece que a área em que o princípio da proporcionalidade mais atua é exatamente a dos direitos fundamentais, haja vista

⁶⁵ César Dario Mariano da Silva (2010, p. 16) lembra que mesmo não estando previsto de forma expressa no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da proporcionalidade “[...] decorre de uma interpretação sistemática de normas constitucionais, que permite o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro direito ou garantia constitucional.”

que ele é “[...] responsável por determinar os limites - máximos e mínimos - de intervenções estatais nas esferas individuais e coletivas, sempre tendo em vista as funções e os fins buscados pelo Estado Democrático de Direito.”

Com base nessa perspectiva, o princípio da proporcionalidade pode funcionar tanto como freio quanto como acelerador das ações do Estado em prol das garantias pertinentes aos direitos fundamentais individuais e transindividuais, proibindo a prática de atos estatais arbitrários e impulsionando ações que tornem possível a concretização desses direitos.

Trata-se das duas vertentes do princípio da proporcionalidade comentadas no item 1.2.2 desta dissertação - a da proibição ao excesso e a da vedação à proteção insuficiente - que estão ligadas diretamente à interpretação e à realização dos direitos fundamentais.

Cabe, agora, descobrir se é admissível lançar mão do princípio da proporcionalidade para solucionar o confronto entre o direito fundamental individual à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal e o direito fundamental difuso à segurança pública, conforme defendem alguns doutrinadores.

Dito em outras palavras, deve-se analisar se o direito fundamental à vedação das provas ilícitas pode sofrer restrições, a partir do emprego do princípio da proporcionalidade, a fim de se garantir proteção ao direito fundamental à segurança pública.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 270), aplicando-se o princípio da proporcionalidade, os

[...] meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

No âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal⁶⁶, o princípio da proporcionalidade atuarial, então, de modo a identificar se os instrumentos empregados no decorrer da ação penal são ou não adequados e necessários para se alcançar a efetiva tutela dos bens jurídicos que se visa proteger com a tipificação de certas condutas humanas.

A adequação e a necessidade da medida a ser adotada, juntamente com a proporcionalidade em sentido estrito, representam o que Robert Alexy (2008, p. 93 e 116-117) denomina de “máximas parciais” do princípio da proporcionalidade⁶⁷, as quais seriam responsáveis pela solução da colisão de princípios, justificando a precedência de um em face do outro.

De acordo com o autor alemão (2008, p. 117),

Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão.

Constatado o conflito entre direitos fundamentais dotados de carga principiológica, deve-se partir para a aplicação da mencionada “lei de colisão”, que se refere a um procedimento composto por três fases subsequentes, ao final do qual se descobre o direito fundamental prevalente, considerando-se as condições peculiares do caso concreto.

Na primeira fase, a da adequação, deve-se verificar se a medida restritiva adotada é idônea para atingir a finalidade perseguida, isto é, se por meio dela é possível chegar ao resultado almejado. Já na segunda fase, busca-se perquirir a necessidade da medida, procurando sempre aplicar aquela que não seja passível de ser

⁶⁶ Nesse campo, o princípio da proporcionalidade sempre foi e continua sendo invocado quando se comenta as penas a serem cominadas para cada crime. Beccaria (1999, p. 37) já dizia que “não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. [...] Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas.”

⁶⁷ Alexy (2008, p. 90 e 117) prefere utilizar a expressão “máxima da proporcionalidade”, para diferenciá-la da sua noção de princípio enquanto “mandamento de otimização”. Segundo ele, os princípios “[...] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.” Assim, o que corriqueiramente se denomina de “princípio da proporcionalidade” seria, na verdade, um método empregado na solução do conflito entre princípios (ÁVILA, 2006, p. 30).

substituída por outra menos gravosa, ou seja, a medida restritiva deve ser “[...] indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental [...]” (BARROS, 2003, p. 78 e 81).

Por fim, na terceira fase, a da proporcionalidade em sentido estrito, procura-se alcançar o equilíbrio na relação meio-fim, identificando se a restrição provocada sobre um dos direitos fundamentais em colisão é proporcional ao fim desejado. Caso a medida restritiva seja adequada e necessária, mas ocasione um ônus demasiado para o indivíduo por ela atingido, a aplicação do princípio da proporcionalidade ficará inviável, ante a desproporção entre o meio empregado e o resultado a ser obtido (BARROS, 2003, p. 85).

Em síntese, quando a restrição a um direito fundamental for adequada, necessária e proporcional para a concretização de outro direito fundamental - o qual prevalecerá diante das circunstâncias do caso submetido à análise -, a limitação daquele será admitida em nome do princípio da proporcionalidade.

Ao abordar os limites ao exercício dos direitos fundamentais, Nereu José Giacomolli (2007, p. 159) é um dos que defendem a realização da ponderação entre os direitos em conflito, mencionando que os obstáculos criados por esses limites

[...] devem ser estabelecidos, interpretados e aplicados de forma estrita e, em todo caso, não devem ser mais intensos do que o necessário para proteger outros bens jurídicos ou direitos constitucionalmente assegurados. Esta limitação deve evitar sacrifícios desnecessários ou excessivos a estes direitos, controlável por meio de uma motivação suficiente e de ponderação dos direitos em jogo (proporcionalidade).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, mas enfrentando diretamente o duelo entre os direitos fundamentais que interessam ao objeto desta pesquisa dissertativa, Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 86) menciona que

[...] vai tomando corpo entre nós a aceitação da teoria da proporcionalidade, visando-se evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI do art. 5º quando a ofensa à determinada violação constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pela Constituição.

E finaliza:

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada (FERNANDES, 2002, p. 88).

Trilhando esse posicionamento, vê-se que a partir do princípio da proporcionalidade, o dever do Estado de proteger os cidadãos da criminalidade - em especial nos casos de delitos graves -, realizando a efetivação da justiça penal, poderia justificar a restrição a um direito fundamental dos suspeitos/acusados, considerando-se, por conseguinte, legítimo o afastamento do preceito constitucional da exclusão das provas ilícitas (GOMES FILHO, 1997, p. 105).

É cediço que por se referirem a postulados constitucionais válidos e vigentes, o direito individual à vedação das provas ilícitas não consegue simplesmente excluir o direito difuso à segurança pública e vice versa.

Partindo do pressuposto de que um não goza de precedência sobre o outro, a sistemática pertinente ao princípio da proporcionalidade deixa para os juízes decidirem qual deles sofrerá restrições, considerando as circunstâncias de cada caso submetido a julgamento (ALEXY, 2008, p. 100).

Não há dúvidas de que, na hipótese de a prova ilícita ser a única capaz de demonstrar a ocorrência de um determinado crime, o seu emprego é adequado - já que suficiente para atingir um dos fins do processo penal que é encontrar a verdade formal - e necessário - eis que não há outro meio para comprovar a prática do delito -, ficando a proporcionalidade em sentido estrito a ser analisada em cada caso específico.

Ocorre que colocar nas mãos dos responsáveis pela persecução penal o poder de sopesar os interesses em jogo evidencia os perigos decorrentes da discricionariedade e da subjetividade presentes nessa ponderação.

Afinal, conforme já mencionava John Locke (2006, p. 26), a existência de leis e de juízes não é suficiente para afastar o estado de guerra, na medida em que

[...] onde a possibilidade de apelar à lei e aos juízes constituídos está aberta, mas o auxílio é negado por culpa de uma manifesta perversão da justiça e uma óbvia deturpação das leis para proteger ou deixar impunes a violência ou as injúrias cometidas por alguns homens ou por um grupo de homens, é difícil imaginar outro estado que não seja o de guerra; pois sempre que se faz uso da violência ou se comete uma injúria, ainda que estes delitos sejam cometidos por mãos de quem foi nomeado para administrar justiça, continuará sendo violência e injúria, por mais que se disfarcem com outros nomes ilustres ou com pretensões ou aparências de leis⁶⁸. (tradução nossa)

Inobstante o Brasil possuir diversos e bons exemplos de juízes sérios e honestos, não se pode negar a possibilidade de o julgador se valer do princípio da proporcionalidade para conceder favorecimentos a alguns “privilegiados” e negar direitos a outros “marginalizados”, durante a aplicação das regras que compõem o sistema penal.

Por isso, Aury Lopes Junior (2010, p. 586) destaca que

O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de *proporcionalidade* é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do *interesse público x interesse privado*, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da “prevalência” do interesse público... É um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais.

Outro não é o entendimento de Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 105-106), quando comenta diretamente a aplicação do princípio da proporcionalidade para admitir o uso da prova ilícita em favor da sociedade:

Tal posição não constitui, entretanto, uma unanimidade na doutrina, sendo bastante veementes as críticas daqueles que consideram intolerável uma compreensão dos direitos fundamentais para a repressão de determinados

⁶⁸ [...] donde la posibilidad de apelar a la ley y a los jueces constituidos está abierta, pero el remedio es negado por culpa de una manifiesta perversión de la justicia y una obvia tergiversación de las leyes para proteger o dejar indemnes la violencia o las injurias cometidas por algunos hombres o por un grupo de hombres, es difícil imaginar otro estado que no sea el de guerra; pues siempre que se hace uso de la violencia o se comete una injuria, aunque estos delitos sean cometidos por manos de quienes han sido nombrados para administrar justicia, seguirán siendo violencia y injuria, por mucho que se disfracen con otros nombres ilustres o con pretensiones o apariencias de leyes.

delitos, pois isso significaria admitir a banalização dos referidos direitos, cuja eficácia, na matéria examinada, ficaria limitada aos agentes de delitos menos graves, enquanto nas situações de criminalidade mais grave haveria sempre uma frustração da tutela dos direitos fundamentais.

A esses argumentos, cuja validade nos parece indubitosa, poder-se-ia ainda acrescentar que essa disparidade de tratamento conduziria a uma sistemática violação da presunção de inocência dos acusados de infrações mais graves, pois à simples imputação já se seguiriam efeitos negativos, não só no âmbito do processo, mas, igualmente, no campo dos direitos constitucionais protegidos pelas proibições de prova mencionadas. Ademais, a qualificação dos fatos, como mais ou menos graves, no limiar das investigações, acabaria fatalmente por abrir um espaço incontrolável à discricionariedade (senão ao arbítrio) dos agentes policiais.

É indispensável que se tenha sempre em mente que a aplicação do princípio da proporcionalidade em prol de condenações criminais baseadas em provas ilícitas acarretará na limitação da eficácia dos direitos fundamentais dos suspeitos/acusados, notadamente, daqueles a quem se atribui a autoria de graves delitos.

Acontece que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, todos os cidadãos investigados, acusados ou, até mesmo, condenados pela prática de crimes precisam ter os seus direitos fundamentais igualmente protegidos, por mais repugnante que seja o delito em discussão.

Submeter os direitos fundamentais daqueles que são atingidos pela imputação penal a uma ponderação de valores e interesses carregada pelo subjetivismo dos julgadores pode levar à concretização de arbítrios, os quais são fortemente rechaçados pela teoria garantista de Luigi Ferrajoli, apresentada no capítulo 1.

Deve-se ressaltar que não são apenas os críticos da teoria da ponderação que exploram o amplo espaço dado por ela à discricionariedade. O próprio Robert Alexy (2008, p. 611) reconhece a presença desta, quando aduz:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento -, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário.

É forçoso concluir, então, que a teoria da ponderação possui um obstáculo de difícil transposição: a discricionariedade daqueles que são responsáveis pela sua

aplicação nos casos concretos, especialmente, quando se está diante de direitos fundamentais de extrema importância para os cidadãos, como se dá com o direito à liberdade.

Em busca da superação do subjetivismo presente na tentativa de solucionar a colisão de direitos fundamentais, Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 57) propõe “[...] a fixação de critérios de prevalência, a serem construídos pela jurisprudência e pela doutrina.”

No mesmo sentido, Suzana de Toledo Barros (2003, p. 88) diz que “[...] a verificação da proporcionalidade entre meios e fins [...]” pode ser controlada por meio de orientações ditadas pelos Tribunais, “[...] de modo a constituir-se em idéias objetivas de justa medida.”

Entretanto, acredita-se que a definição desses critérios continuará impregnada pelo subjetivismo dos seus autores, de modo que, no conflito dos direitos fundamentais que interessam ao objeto desta pesquisa, juristas mais afetos à proteção das garantias individuais dos acusados posicionar-se-ão pela prevalência da inadmissibilidade das provas ilícitas, enquanto os chamados “linha dura” tenderão pela predominância da segurança pública.

Em suma, a ponderação dos valores e dos interesses em jogo sempre ficará marcada pela discricionariedade e pelo decisionismo, que conduzem à indesejada insegurança jurídica, enquanto o papel do Estado é, como visto, o de garantir, a todos os cidadãos, o sentimento de segurança.

Ainda que as “máximas parciais” da adequação e da necessidade se refiram a critérios objetivos, é certo que a “proporcionalidade em sentido estrito” entrega ao subjetivismo dos julgadores o poder de decisão acerca da proporção ou desproporção da medida restritiva a ser imposta a um dos direitos fundamentais em conflito.

Corroborando essa ideia, Suzana de Toledo Barros (2003, p. 87) assevera que a “proporcionalidade em sentido estrito” abre um amplo juízo de valoração àquele que

promove ou controla a medida restritiva, chegando a ser defendido “[...] que se trata de tarefa impossível de ser efetuada, pela dificuldade de separar, medir e comparar valores e interesses em conflito.”

Diante dessa amplitude do “juízo de valoração”, caso seja utilizada a ponderação de valores na decisão sobre a (in)admissibilidade das provas ilícitas, quando se verem no polo passivo da ação penal, os acusados sentir-se-ão entregues a toda sorte, uma vez que dependendo da postura interpretativa adotada pelo julgador, poderão ou não vir a serem condenados com base em provas alcançadas em desconformidade com o direito.

Resumindo a crítica em relação ao exacerbado poder discricionário dos julgadores - e também dos legisladores - na aplicação do princípio da proporcionalidade, Maria Luiza Streck (2009, p. 85) escreve:

Assim, corremos o risco de o legislador e o julgador “escolherem” qual o lado da balança está mais inclinado para resolver o caso. Esse lado, no entanto, dependerá do sentido que cada um tem da idéia de Estado, Constituição, democracia, direitos fundamentais, etc.

Isso vem reforçar, mais uma vez, o que acabou de ser dito: o emprego do princípio da proporcionalidade ficará sempre subordinado aos valores, aos sentimentos, aos pré conceitos trazidos por cada julgador, sendo temerária e, portanto, inaceitável a sua aplicação na análise da (in)admissão das provas ilícitas para fundamentar condenações criminais.

O pai da teoria garantista também demonstra preocupação com o grande poder discricionário conferido aos juízes, o qual é capaz, inclusive, de deturpar os ideais do atual modelo de Direito Penal.

Luigi Ferrajoli (2010, p. 310) aponta que “[...] cada vez que um juiz é movido por sentimentos de vingança, ou de parte, ou de defesa social, [...], pode-se dizer que o direito penal regrediu a um estado selvagem, anterior à formação da civilização.”

Com isso, é possível indagar, por exemplo, se um juiz que teve sua filha estuprada conseguirá realizar o sopesamento dos interesses e valores em conflito com total isenção, quando for examinar a possibilidade de condenar o réu acusado de estupro, exclusivamente com base em prova(s) ilícita(s).

Frente aos riscos da aplicação do princípio da proporcionalidade para justificar o uso da prova ilícita na fundamentação de sentenças penais condenatórias, Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2009, p. 51-52) mostram-se contrários ao seu emprego nesses casos, na medida em “[...] que o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais impede uma interpretação que admita a prova ilícita *pro societate*.” E, ainda, complementam:

[...], verifica-se que a proporcionalidade, *lato sensu*, não pode servir de argumento em função do seu subprincípio - a proporcionalidade em sentido estrito -, uma vez que as eventuais vantagens (punição) advindas da admissão da prova ilícita não superam as desvantagens (violação aos direitos fundamentais). É preciso respeitar os direitos fundamentais inclusive daqueles que pensamos não merecê-los.

Sob esse enfoque, o princípio da proporcionalidade não consegue justificar a restrição ao direito fundamental individual à vedação da prova ilícita, seja em relação aos crimes menos graves - como o furto, por exemplo - ou àqueles ilícitos penais que causam maior repúdio social, o que, em um primeiro momento, parece não atender ao direito fundamental difuso à segurança pública, especialmente, quando se trata de criminosos contumazes. Mas isso será desmistificado mais adiante.

Sendo o princípio da proporcionalidade insuficiente para autorizar o uso da prova ilícita, no processo penal, em favor da acusação, os mesmos autores acima citados (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 52) ressaltam que Alexandre de Castro Coura, em sua tese de Doutorado apresentada na Universidade Federal de Minas Gerais, trouxe uma proposta diferente.

Coura (2007, p. 106-107) defende que a

[...] (i)lícitude da prova deve ser tratada em concreto, como fruto de um processo no qual as circunstâncias do caso sejam levadas em consideração, e não como um dado pressuposto, decorrente de uma perspectiva ontologizante e redutora da complexidade, inclusive nas

situações em que a escuta telefônica tenha sido realizada sem autorização judicial. [...].

Dessa forma, apenas uma interpretação construtiva do ordenamento jurídico (principiologicamente concebido), atenta às peculiaridades do caso concreto, evitará um indevido alargamento do rol das provas consideradas ilícitas, permitindo identificar inúmeras situações em que a produção probatória é lícita, apesar da existência de normas restritivas *prima facie* aplicáveis.

Contudo, entende-se que essa teoria também não consegue extirpar a temida discricionariedade dos julgadores, conferindo-lhes, na verdade, um poder ainda maior, eis que a eles caberá a tarefa de definir, em cada caso, se determinada prova será classificada como lícita ou ilícita, podendo, até mesmo, por exemplo, admitir o uso de escutas telefônicas sem prévia autorização judicial.

Pelo fato de o debate acerca das provas ilícitas em benefício da acusação representar restrição a um direito fundamental dos suspeitos/acusados, acredita-se que ao invés de alargar o raio de incidência da subjetividade dos julgadores nessa questão controversa, é preciso, na verdade, reduzi-lo ao máximo, a fim de impedir restrições arbitrárias.

Continuando, então, a investigação proposta para este trabalho dissertativo, cabe examinar se o uso da prova ilícita para condenar os acusados pode ser autorizado, considerando-se os preceitos contidos na teoria do garantismo penal integral, haja vista que o princípio da proporcionalidade e a teoria de Alexandre de Castro Coura não trazem resposta adequada para a indagação formulada nesta pesquisa, em virtude da extremada discricionariedade atribuída por elas aos julgadores.

3.2 AS PROVAS ILÍCITAS E OS POSTULADOS DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL INTEGRAL

De acordo com o que foi apresentado no capítulo 1, a teoria do garantismo penal integral procura preservar os direitos individuais dos suspeitos/acusados, ao mesmo tempo em que visa assegurar efetiva proteção aos interesses e aos direitos fundamentais difusos.

O garantismo penal positivo, sob a ótica da proibição da proteção insuficiente dos direitos fundamentais transindividuais, reivindica forte atuação do Estado, enquanto titular do *ius puniendi*, na repressão dos delitos. Todavia, isso não permite o esquecimento do garantismo penal negativo, que, primando pelo direito de defesa contra arbitrariedades estatais, enaltece a proteção dos direitos fundamentais individuais dos suspeitos, dos acusados e dos apenados.

A execução das normas concernentes ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal deve-se pautar na busca pelo constante equilíbrio entre essas duas facetas do garantismo, de forma que uma não exclua a outra, mas que ambas imperem em perfeita sintonia.

Sempre que os direitos fundamentais dos suspeitos/acusados precisarem sofrer restrições em benefício do interesse difuso voltado à segurança pública, elas somente deverão ocorrer quando forem atentamente respeitadas as regras impostas pelo ordenamento jurídico ao *ius puniendi* estatal, evitando-se, conseqüentemente, a concretização de atos arbitrários.

Até porque, acredita-se que as regras presentes na legislação brasileira - no ápice da qual está o Texto Constitucional de 1988 - foram elaboradas, ainda que indiretamente, pelo próprio povo⁶⁹ e, portanto, em consonância com os interesses deste.

⁶⁹ Adriano Sant'Ana Pedra (2005, p. 241) salienta que "a democracia tem como base a participação do povo no governo. Na concepção de Abraham Lincoln é o governo do povo, pelo povo e para o povo."

Como o Estado Moderno foi instituído para a realização do bem comum, ele deve ser governado pela vontade geral, na medida em que apenas esta é capaz de dirigi-lo em acordo com os interesses que são comuns a todos os cidadãos, haja vista que “[...] propende para a igualdade.” (ROSSEAU, 1998, p. 33-34).

Entretanto, por meio do falseamento da “vontade geral”, diversas atrocidades já foram cometidas contra os direitos fundamentais, de forma que não se pode ignorar a possibilidade de que em nome da defesa social, do combate à criminalidade, sejam ultrapassados os limites do exercício do *ius puniendi*, desrespeitando-se os direitos fundamentais individuais dos investigados e dos processados.

Cabe, portanto, descobrir qual é a verdadeira “vontade geral” quando se discute a (in)admissibilidade das provas ilícitas para justificar condenações no processo penal brasileiro. Será que a “vontade geral” deseja a consecução da segurança pública a qualquer preço ou prefere que os delitos sejam investigados e punidos em acordo com a preservação dos direitos fundamentais dos suspeitos/acusados?

Partindo-se dos postulados que compõem a aludida teoria do garantismo penal integral, entende-se não haver outra resposta para essa indagação: a real vontade do povo é - e sempre deve ser - a de que o processo penal obedeça aos limites legais e constitucionais do *ius puniendi*, protegendo, por conseguinte, os direitos fundamentais dos sujeitos passivos da persecução penal.

A entidade responsável pelo julgamento e pela punição daqueles que desrespeitam as leis não pode ser dotada de poderes ilimitados. Ao contrário, deve pautar-se nos exatos termos da concessão que lhe foi outorgada por meio da lei maior criada a partir do consenso entre os homens (BOBBIO, 1998, p. 223 e 226).

Além de importante direito fundamental individual dos investigados/acusados, o fiel cumprimento dos limites estabelecidos para o exercício do *ius puniendi* representa, sem dúvidas, um direito fundamental difuso, eis que atende ao anseio de todos os cidadãos, no sentido de que as liberdades individuais sejam igualmente preservadas.

Diverso não é o pensamento de Eugênio Pacelli de Oliveira (2001, p. 297), que bem ressalta o seguinte:

É bem de ver que a equação, geralmente emoldurada no binômio *segurança pública x liberdade individual*, e que busca conciliar a salvaguarda de ambos os interesses, legitima-se por si mesma, já que a realização da liberdade individual encontra seu substrato axiológico também na noção de interesse público. (Grifos no original)

Dito de outra forma, o povo não ambiciona apenas que o Estado o proteja, prevenindo e reprimindo o cometimento de crimes, mas também que o próprio ente estatal não se torne o transgressor das regras expressamente prescritas no ordenamento jurídico.

Do mesmo modo que os cidadãos não estão autorizados a ir contra os direitos de seus semelhantes - exceto nas taxativas hipóteses autorizadas pela legislação, como se dá na legítima defesa, por exemplo -, o Estado detém a mesma obrigação de observar e seguir atentamente os limites de atuação definidos na lei.

Ir de encontro ao preceito constitucional da vedação das provas ilícitas significa ir contra os interesses do próprio povo, que, visando superar as atrocidades comuns aos governos despóticos, optou por consagrar a regra do devido processo legal, com todos os seus consectários lógicos, nos quais se inclui o disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal.

Crê-se, pois, que também constitui direito fundamental supraindividual o fato de o Estado não poder violar as regras criadas pelo povo com o fim precípua de atingir e preservar o sentimento de segurança.

A partir do momento em que houver a possibilidade de condenações criminais basearem-se, exclusivamente, em provas ilícitas, o mencionado sentimento de segurança poderá deixar de existir, na medida em que o ente estatal, representado pela figura do julgador discricionário⁷⁰ - nos moldes acima comentados -, receberá licença para afastar um importante limite constitucional e prolatar sentenças

⁷⁰ Sérgio Adorno (1995, p. 58) enaltece “[...] que a tradição penal brasileira atribui considerável margem de discricionariedade ao juiz, representada pelo princípio do livre convencimento.”

condenatórias fundamentadas em provas produzidas em desconformidade com o Direito.

Se o Estado Moderno - e com ele a criação do Direito Positivo -, surgiu com o intuito de trazer segurança e tranquilidade aos cidadãos⁷¹, a admissão do uso da prova ilícita em benefício da acusação derrubará esse objetivo, jogando por terra os postulados democráticos e garantistas que foram arduamente conquistados, durante a luta pelo bem comum.

Afirma-se isso porque com a aceitação das provas ilícitas em prol de condenações criminais, pode-se chegar, por exemplo, ao absurdo de todos os brasileiros passarem a ter seus telefones grampeados, a fim de assegurar a “ordem pública” e de facilitar o trabalho investigativo de futuros e eventuais delitos. Isso é ter segurança pública? Com certeza não.

Ao revés, a intimidade dos cidadãos será, a todo tempo, devassada pelo Estado, enquanto o maior diploma normativo do país garante, a esse direito, uma proteção que somente é passível de ser excepcionada, depois de observados os casos e o procedimento previstos na lei.

Nem mesmo a abertura de brechas, para que em determinados casos individualizados - como aqueles delitos de elevada gravidade e praticados por indivíduos que reiteram na vida do crime - seja admitido o uso da prova ilícita em favor da sociedade, deve ocorrer, tendo em vista o perigo de tal postura vir a transformar a exceção em regra, deturpando os ideais que embasam a teoria do garantismo penal integral e, por lógica, o modelo do Estado Democrático de Direito.

Deve-se ter sempre em mente que a restrição - fora dos casos autorizados pela legislação⁷² - de direitos fundamentais dos cidadãos suspeitos de serem autores de

⁷¹ Mais uma vez ressalta-se que em virtude dos limites definidos para esta dissertação, não serão abordados os reais interesses sociais, econômicos e políticos que justificaram a criação do Estado Moderno, mas apenas a principal justificativa empregada para a sua instituição: garantir a segurança dos cidadãos.

⁷² Não cabe, aqui, discutir se as restrições a direitos fundamentais autorizadas pela lei são justas e/ou legítimas, o que, certamente, ultrapassa os limites estipulados para esta pesquisa, merecendo ser debatidas em outra oportunidade.

crimes bárbaros ou daqueles que aparentam insistir no cometimento de delitos geradores de grande repúdio na sociedade é tão arbitrária quanto a violação dos direitos fundamentais dos cidadãos que jamais responderam a uma ação penal.

Desse modo, a transgressão das normas de Direito por parte dos particulares não autoriza, por si só, que o Estado ignore as regras legais - e, principalmente, as constitucionais - em nome da garantia ao direito fundamental à segurança pública, levando-se em conta que até mesmo depois de condenados em definitivo, os criminosos não deixam de ser pessoa.

José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 170) aponta que

[...] os direitos fundamentais têm, justamente, a característica de limite ao legislador ordinário, de modo que a mera invocação do bem da coletividade, como uma carta branca para o detentor do poder, não é suficiente ou não pode ter, pura e simplesmente, primazia sobre os direitos fundamentais de defesa, a não ser que o indivíduo não seja tomado seriamente como tal.

No caso da investigação acerca da (in)admissibilidade das provas ilícitas, tal assertiva precisa ser analisada com um cuidado ainda maior, eis que, no processo penal, se está diante de cidadãos em desfavor dos quais há meras - e, não raro, precárias - suspeitas de terem cometido um fato definido como crime.

Basear-se em simples suspeitas para justificar restrições a direitos fundamentais - especialmente quando não permitidas pela legislação - é completamente temeroso, considerando-se, especialmente, a imprescindibilidade de ser respeitado o corolário constitucional da presunção de inocência, bem lembrado por Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 105-106) em trecho mais acima transcrito.

Como autorizar a parte acusadora valer-se de provas ilícitas no curso do processo penal se não se tem sequer certeza acerca da culpabilidade do acusado, tendo em vista que esta somente é atingida após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme disciplina o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal?

Abordado juntamente com o princípio da presunção de inocência, torna-se inviável o uso de provas ilícitas no processo penal em prol de condenações. Se a

responsabilidade do acusado já estiver demonstrada por meio de provas produzidas em acordo com o Direito não há sequer que se discutir o uso de provas ilícitas, eis que prescindíveis para formar a convicção do julgador. Por outro lado, se não há provas lícitas de que ele é responsável pelo delito, sua inocência deve, obrigatoriamente, ser presumida, impossibilitando-se, por conseguinte, a adoção de medidas que restrinjam os seus direitos fundamentais sem haver autorização legal para tanto.

Para a análise do objeto proposto para a presente pesquisa dissertativa, mostra-se, então, indispensável a leitura em conjunto das duas vertentes do garantismo penal trabalhadas no capítulo 1⁷³. O Estado está impedido de oferecer à sociedade uma proteção penal deficiente - garantismo penal positivo -, assim como não lhe é autorizado violar arbitrariamente os direitos fundamentais individuais - garantismo penal negativo - de quem quer seja.

Tendo o Estado Democrático de Direito optado pela verdade formal⁷⁴, é salutar evitar a prática de qualquer ato que busque a verdade substancial, uma vez que esta se vincula ao autoritarismo e à arbitrariedade, conforme assevera Luigi Ferrajoli (2010, p. 48):

A verdade a que aspira o modelo substancialista do direito penal é a chamada *verdade substancial ou material*, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal.

Dessas palavras, conclui-se que a verdade alcançada, nos processos penais brasileiros, por meio de provas ilícitas é uma “verdade substancial” - haja vista que

⁷³ José Paulo Baltazar Junior (2010, p. 204) registra que “[...] a liberdade e a segurança ostentam relação de complementariedade, funcionando cada uma delas como limite à outra”, inexistindo, nessa ótica, liberdade ou segurança absoluta.

⁷⁴ No caso de a verdade formal - aquela formada pelas provas legalmente produzidas ao longo do processo penal - ser insuficiente para demonstrar a prática do crime ou identificar a sua autoria, outro caminho não há senão o da absolvição do acusado.

não segue as regras ditadas pela Carta Republicana - e, conseqüentemente, pode ser classificada como autoritária e irracional, não deixando alternativa a sua inadmissão.

Américo Bedê Junior e Gustavo Senna (2009, p. 52) enaltecem que a proibição ao emprego de provas ilícitas, no processo penal brasileiro, para conduzir a condenações “[...] é o preço que se paga para viver em um Estado Democrático de Direito”.

Contudo, entende-se que essa vedação não é um preço a ser pago, mas, na verdade, um bônus a ser auferido. Isso porque, há que se lembrar do risco de a admissão de provas ilícitas em favor da sociedade provocar a restrição de direitos fundamentais de inocentes⁷⁵, de modo que somente a proibição do uso dessas provas é capaz de garantir que isso jamais aconteça.

Acredita-se, com isso, que a única maneira de garantir o sentimento de segurança aos brasileiros está em impedir o emprego de provas ilícitas em prol da acusação, independentemente, inclusive, da gravidade do crime que está sendo investigado, eis que, assim, os cidadãos ficarão convictos de que o Estado não vilipendiará um dos direitos fundamentais que a ele compete proteger.

Para se sentirem completamente seguros, é mister que os cidadãos tenham a tranquilidade de que não serão alvos de arbitrariedades provocadas por parte daquele que detém o dever de protegê-los contra todos os perigos, ainda que, para tanto, seja indispensável que alguns culpados fiquem impunes.

Aliás, é importante destacar que “[...] a ideia corrente de que o processo penal deve conseguir golpear todos os culpados é fruto de uma ilusão totalitária” (FERRAJOLI, 2010, p. 104) e que, por isso, não merece acolhida no processo brasileiro, o qual, vale repisar, seguindo as diretrizes fixadas pela teoria do garantismo penal integral, deve ser pautado nos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito.

⁷⁵ Nunca se pode esquecer de que inocentes também se sentam no “banco dos réus”.

Afinal, conforme diz Paulo Bonavides (2010, p. 590), a paz social também é encontrada na conservação da inviolabilidade das regras expressas no Texto Constitucional.

Se a Constituição Federal de 1988 proíbe o uso de provas ilícitas, aceitar o emprego delas, para condenar réus do processo penal, pode fazer com que o sentimento do medo prevaleça sobre o da segurança, deturpando aquele ideal justificador da instituição do Estado Moderno.

Então não há solução? É preciso simplesmente se conformar com a impunidade de criminosos? Não é isso que ora se defende, mas sim que a saída para garantir a punição dos culpados não se encontra na admissão de provas ilícitas como fundamento de condenações no processo penal brasileiro, na medida em que o Estado, no exercício do *ius puniendi*, está compelido a respeitar os postulados que formam a teoria do garantismo penal integral.

Para fazer frente à criminalidade cada vez mais organizada e temida⁷⁶, é preciso que ocorra, o quanto antes, o aperfeiçoamento do aparelho estatal investigativo, construindo-se instrumentos capazes de propiciar a efetiva aplicação do Direito Penal e do Direito Processual Penal, sem a necessidade do socorro a indesejados subterfúgios.

É fundamental que o Estado concretize a previsão normativa expressa na Constituição Federal brasileira referente ao direito fundamental à segurança pública, mas sem violar os direitos fundamentais dos que se encontram no polo passivo da ação penal.

⁷⁶ Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p. 27-28) registra que “[...] o Estado contemporâneo mostra-se incapaz de desempenhar as suas atribuições mais inerentes, tais a manutenção da segurança da coletividade e a distribuição da justiça, especialmente através da persecução penal. A criminalidade nos grandes centros urbanos toma proporções de uma velada guerra civil, em que se digladiam poderosas organizações criminosas. Entre a apatia da sociedade (caracterizada por uma generalizada descrença na Justiça e no Parlamento) e a ineficiência do Estado (agravada pelo descompasso no paralelismo processo-Constituição) instala-se o que poderíamos denominar de uma “atual crise da Justiça”. Que se distingue pela ineficiência dos mecanismos repressivos, conduzindo a uma vexatória e ameaçadora impunidade dos infratores, em todos os níveis da sociedade.

Em busca do combate à impunidade, o ente estatal não precisa se valer da arbitrariedade contra os direitos fundamentais dos sujeitos que sofrem a imputação penal - como ocorre com o uso de provas ilícitas *pro* acusação -, sendo suficiente que os responsáveis pela condução das investigações recebam equipamentos e preparação adequada para reprimir a criminalidade⁷⁷.

O que se mostra inaceitável, dentro dos paradigmas do garantismo penal integral, é o Estado utilizar-se de provas produzidas de maneira alheia ao regramento constitucional⁷⁸ a fim de que possa suprir a inoperância do seu próprio aparato investigativo.

Deve-se considerar, ainda, que o ordenamento jurídico brasileiro já autoriza restrições a direitos fundamentais dos cidadãos que são investigados pela prática de crimes - o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 9.296/96 é um exemplo disso. Basta, então, implementar as medidas legais existentes, sem que o Estado precise recorrer à concretização de atos ilegais e ilegítimos.

Não se está dizendo que os direitos fundamentais individuais daqueles que se veem no polo passivo de ações penais⁷⁹ não possam sofrer restrições, mas que, quando indispensáveis à investigação ou à instrução criminal, estas apenas se realizem dentro do regramento jurídico imposto pela ordem constitucional vigente.

Em outras palavras, entende-se que o esperado combate à impunidade, em atendimento ao interesse difuso representado pelo chamado garantismo penal positivo, ocorra por meio de uma justiça criminal que não ignore e sacrifique os

⁷⁷ Na “Declaração de princípios e programas das Nações Unidas de prevenção ao crime e justiça criminal”, ficou assentado: “8. Nós devemos assegurar que para qualquer aumento na capacidade e na habilidade dos perpetradores do crime também haja aumentos similares na capacidade e na habilidade das autoridades de aplicação da lei e da justiça criminal. Juntando nossos conhecimentos e desenvolvendo contramedidas adequadas, o sucesso na prevenção ao crime e na redução do número de vítimas pode ser maximizado” (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 170).

⁷⁸ Margarida Bittencourt da Silva, Nivaldo dos Santos e Helenisa Maria G. de Oliveira Neto (2005, p. 3) enfatizam que “no Estado Democrático de Direito, o exercício do poder estatal somente é legítimo se houver respeito aos direitos e garantias individuais e sociais, bem como aos princípios que norteiam o conceito de justiça e equidade.”

⁷⁹ Na realidade, utilizando-se do mesmo exemplo da Lei 9.296/96, vê-se que a legislação brasileira autoriza a restrição dos direitos fundamentais, até mesmo, na fase do inquérito policial.

direitos fundamentais individuais consagrados nos axiomas que integram o denominado garantismo penal negativo.

Além disso, cabe registrar que, ao pensarem no processo penal, é comum as pessoas logo o associarem a ideia do criminoso contumaz ou à figura dos condenados por crimes hediondos ou equiparados a estes, pouco se importando, por isso, com a forma de investigação e de punição dos acusados.

No entanto, acredita-se que todas as pessoas são criminosas em potencial. No simples ato de dirigir automóveis, é possível, por exemplo, em um segundo de distração, ocorrer um atropelamento que culmine no falecimento do pedestre. O resultado fático e jurídico - qual seja, a morte da vítima - é o mesmo provocado pelo homicida que faz do crime o seu modo de vida.

Da mesma maneira que acontece com o estuprador, com o homicida e com o traficante de substâncias entorpecentes, o condutor do veículo automotor envolvido no sinistro será submetido a um processo criminal. Nesse caso, podem ser utilizadas provas ilícitas para condená-lo?

Geralmente quando é o “outro” - o pobre, o negro⁸⁰, enfim, o marginalizado - que está no “banco dos réus” os cidadãos não se preocupam se as regras processuais serão observadas e seguidas. Agora, ao verem pessoas do seu círculo social ou familiar sendo acusadas pela prática de crimes, a tendência é não concordar com a condenação sem o respeito ao devido processo legal.

Ocorre que, na “República Federativa do Brasil”, espera-se que prevaleça, por questão de lógica, o espírito republicano, de forma que nenhum indivíduo admita que se faça com os demais cidadãos - independentemente de sua cor ou classe social - aquilo que ele jamais aceitaria que fosse feito consigo mesmo. Se não deseja ser submetido a um processo penal arbitrário, não pode querer que o seu semelhante o seja.

⁸⁰ Ver pesquisa desenvolvida por Sérgio Adorno (1995, p. 59) mencionada no item 1.2.1.1.

Assim, é preciso que a legislação e os juízes nomeados pelo Estado sejam sérios e eficazes na solução dos conflitos sociais. Todavia, somente o juiz que dispensa tratamento igualitário a todos os cidadãos é capaz de concretizar a paz entre os homens⁸¹.

Não se pretende com a presente dissertação defender criminosos. Como visto a partir das lições de Luigi Ferrajoli, apresentadas no capítulo 1, comprovada a prática de um delito, seja o seu autor “pessoa de bem” ou “profissional do crime”, ele deve ser punido, mas desde que respeitados os preceitos legais e constitucionais que disciplinam o processo penal brasileiro.

Aury Lopes Júnior (2010, p. 9) enfatiza que

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí porque somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).

Com isso, pode-se dizer que impedir o uso de provas ilícitas para justificar condenações criminais não se destina tão somente a evitar o retorno das violações desmedidas aos direitos fundamentais cometidas durante o período do autoritarismo militar brasileiro, mas também e quiçá, principalmente, a garantir o fiel cumprimento das normas constitucionais em vigor.

Nessa linha de raciocínio, Luigi Ferrajoli (2010, p. 312) destaca que o Direito Penal - que em sentido amplo abrange tanto as normas materiais quanto as processuais - jamais pode deixar de servir à completa proteção dos direitos fundamentais, o que, inclusive, justifica a sua aceitação por todos. Aduz o autor italiano:

“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, [...], constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a

⁸¹ Conforme bem salienta Celso Fernandes Campilongo (2000, p. 52), a “Democracia também significa proteção às minorias.”

arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito a sua verdade. É precisamente a garantia destes direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário.

É possível afirmar, pois, que o Estado somente cumpre com sua obrigação de oferecer efetiva proteção aos direitos e interesses difusos dos cidadãos, quando aplica o Direito Penal e o Direito Processual Penal em perfeita simetria com os direitos fundamentais individuais, não havendo espaço para a admissão do uso de provas ilícitas em desfavor dos suspeitos/acusados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da violência - real ou velada⁸² - que insiste em imperar na sociedade brasileira, não há dúvidas de que a criminalidade é um fenômeno social que necessita de ser combatido com veemência por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, a fim de que os cidadãos possam se sentir protegidos na vida em sociedade.

No capítulo 1 desta pesquisa, abordou-se que o Estado Moderno foi criado justamente com a finalidade de garantir segurança aos integrantes da comunidade, tendo, por isso, o dever de proteger os direitos fundamentais - sejam eles individuais ou difusos -, dentre os quais se inclui o direito à segurança pública, consagrado, na atual ordem constitucional brasileira, nos artigos 5º e 144 da Carta Republicana de 1988.

Do contrário, deixar de atender ao corolário constitucional da segurança pública significa entregar o controle da sociedade nas mãos de indivíduos que insistem em subverter a ordem, utilizando-se do poder conquistado por meio do crime, para transformá-la na temida barbárie social.

O forte e efetivo combate à criminalidade, assegurando-se a certeza da punição dos delinquentes, representa, então, um indispensável instrumento para que o Estado consiga concretizar e manter a sonhada e necessária harmonia entre os cidadãos, eliminando, conseqüentemente, o sentimento de insegurança.

Ainda no capítulo 1, foi possível verificar que a teoria do garantismo positivo - com destaque para o princípio da proibição da proteção insuficiente - explora exatamente a importância do papel assumido pelo Estado no processo de realização dos direitos fundamentais.

⁸² Como ocorre nos crimes contra o sistema financeiro, por exemplo.

Dito de outro modo, compete ao ente estatal - seja por meio do Poder Legislativo, do Poder Executivo, ou do Poder Judiciário - munir-se de mecanismos eficientes que lhe permitam transferir os direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos do plano abstrato da Constituição para o mundo real vivenciado pelos cidadãos.

Não basta o ordenamento jurídico garantir uma série de direitos fundamentais, se eles não puderem ser usufruídos a contento por seus beneficiários. Por isso, o Estado deve ser um aliado dos cidadãos nessa empreitada, propiciando-lhes o completo gozo de direitos que lhes são tão caros, como se dá, notadamente, com o direito fundamental à segurança pública.

Contudo, chegado ao final desta dissertação, foi possível concluir que não é por meio do atropelamento dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos alvos da imputação penal que o Estado cumprirá com o seu dever de garantir proteção ao direito fundamental difuso à segurança pública, uma vez que os limites a ele impostos, no exercício do *ius puniendi*, devem ser fielmente respeitados.

Trata-se da faceta negativa da teoria garantista - sintetizada também no capítulo 1 -, a qual está vinculada à proibição ao excesso, enaltecendo os direitos fundamentais enquanto meio de defesa dos indivíduos em face do Estado, a quem é vedado ultrapassar os poderes que lhe foram conferidos pelo pacto social.

E não poderia ser diferente, eis que autorizar o Estado a extrapolar os limites traçados em relação ao *ius puniendi*, certamente pode fazer com que seja forjado um sistema penal deturpado e que, por conseguinte, imprima mais temor do que tranquilidade aos cidadãos.

Entretanto, além de ser defeso ao Estado restringir os direitos fundamentais individuais de forma arbitrária - tendo em vista a proibição do excesso ditada pela face negativa do garantismo -, não se pode esquecer que também cabe a ele, ao mesmo tempo, implementar medidas que possibilitem a efetivação dos direitos fundamentais difusos e coletivos, em atendimento à dimensão positiva da mesma teoria garantista.

Assim, a teoria do garantismo penal integral encontra-se atrelada à proteção de direitos fundamentais que tanto reclamam a imposição de limites ao Estado na defesa dos interesses subjetivos/individuais, quanto exigem rígida atuação do mesmo na concretização dos interesses objetivos/transindividuais.

É indispensável, pois, fazer uma leitura em conjunto dos paradigmas que informam a teoria do garantismo penal, a qual, ao contrário do que ainda sustentam muitos estudiosos, não se dedica apenas à defesa dos direitos fundamentais individuais dos suspeitos, dos acusados e dos apenados, mas, igualmente, à proteção dos direitos fundamentais difusos e coletivos, destacando, inclusive, que o réu não pode deixar de ser punido, quando comprovado, dentro dos limites expressos no ordenamento jurídico, que é culpado pela prática do crime descrito pela acusação.

Chegada a notícia da realização de um delito, os responsáveis pela persecução penal devem partir em busca de provas que demonstrem a sua materialidade e identifiquem a sua autoria, a fim de que o infrator seja prontamente punido pela infração cometida. Daí, a importância das provas para o processo penal, conforme fora frisado no capítulo 2.

No entanto, no mesmo capítulo 2, ressaltou-se não ser qualquer prova capaz de permitir a condenação dos culpados pela prática de crimes, haja vista que o Texto Constitucional e o Código de Processo Penal brasileiros são claros ao impedir o uso das provas classificadas como ilícitas - e, em regra, também o emprego daquelas que delas derivam -, na fundamentação de sentenças penais condenatórias.

A partir dessa vedação expressa na legislação brasileira, no capítulo 3, foi visto que existe, no Brasil, um nítido conflito entre os direitos fundamentais à segurança pública e à inadmissibilidade das provas ilícitas *pro* sociedade, concluindo-se não ser a teoria alemã da proporcionalidade adequada para solucionar essa colisão, diante dos perigos advindos da discricionariedade e da subjetividade por ela atribuída aos julgadores.

Pautando-se, então, nos postulados que compõe o Estado Democrático de Direito e a teoria do garantismo penal integral, verificou-se que os processos criminais devem

ser conduzidos em perfeita consonância com as regras constitucionais e legais, evitando-se que criminosos fiquem impunes, mas também impedindo que lhes sejam aplicadas sanções ao arrepio da lei.

Acredita-se que somente por meio da proibição do emprego de provas ilícitas em favor da acusação no processo penal brasileiro, o Estado conseguirá atingir a finalidade para a qual foi instituído no período moderno: garantir o sentimento de segurança aos cidadãos, conferindo-lhes a certeza de que não terão seus direitos fundamentais violados por aquele a quem compete protegê-los.

Sem falar que para enfrentar a criminalidade cada vez mais organizada, o aparelho estatal investigativo pode ser aperfeiçoado por meio da construção de instrumentos aptos a propiciar a efetiva aplicação do Direito Penal e do Direito Processual Penal, sem que seja necessária a utilização de mecanismos contrários ao Direito.

Além disso, jamais se pode olvidar de que o direito fundamental à inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro - expresso no artigo 5º, inciso LVI, da Carta Republicana - representa um daqueles direitos que foram arduamente conquistados pelo povo, no período da redemocratização do país, não podendo se admitir que seja, agora, simplesmente ignorado.

Independentemente da gravidade e do repúdio social causado pelo crime investigado, entende-se não haver meios de se admitir o uso de provas ilícitas para justificar condenações criminais, dentro de um país que adotou o modelo do Estado Democrático de Direito.

Especialmente quando analisada em conjunto com o corolário constitucional da presunção de inocência, acredita-se que a vedação ao uso de provas ilícitas *pro societate*, no curso dos processos criminais, não pode comportar exceções, na medida em que, do contrário, estará sendo restringindo um direito fundamental - de forma não autorizada pelo ordenamento jurídico - de cidadãos sobre os quais não há sequer certeza sobre a sua culpabilidade.

Admitir o uso de provas ilícitas, no processo penal brasileiro, para justificar condenações criminais é o mesmo que ir de encontro não apenas a um preceito normativo expresso na Constituição Federal, mas, principalmente, ao anseio dos cidadãos no sentido de que todos os direitos fundamentais sejam fielmente respeitados pelo Estado e pelos demais particulares.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. **Novos Estudos CEBRAP**, [S.l.], n. 43, p. 45-63, nov. 1995.

_____. Insegurança versus direitos humanos: entre a lei e a ordem. **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, n. 11(2): p. 129-153, out. 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: <<http://repositorio.bce.unb.br/handle/10482/3103>>. Acesso em: 31 ago. 2011.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição da insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v. 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Trad. Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UnB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 mai. 2011.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 jun. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 mai. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal e determina outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 mai. 2011.

BRASIL, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 jul. 2011.

BRASIL, Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 ago. 2011.

BRASIL, Lei 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá

outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 23 jun. 2011.

BRASIL, Lei 12.403, de 04 de maio de 2011. Regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 30 jul. 2011.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus 93050/RJ. Luiz Felipe da Conceição Rodrigues e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Celso de Mello. Brasília, 10 jun. 2008. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 12 jul. 2011.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 251445/GO. Ministério Público Estadual e Waldemar Lopes de Araújo. Relator: Celso de Mello. Brasília, 21 jun. 2000. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 24 jul. 2011.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Recurso em Habeas Corpus 90376/RJ. Sérgio Augusto Coimbra Vial e Ministério Público Federal. Relator: Celso de Mello. Brasília, 03 abr. 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 28 ago. 2011.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e democracia**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 2. ed. Trad. José Antonio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2002.

CARVALHO, Raphael Boldt de. **Mídia, legislação penal emergencial e direitos fundamentais**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) – Faculdade de Direito de Vitória, 2009. Disponível em: <<http://mestrado.fdv.br/dissertacoes/Raphael%20Boldt%20de%20Carvalho.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica da vedação constitucional de provas ilícitas**: contribuições para garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Tese (Doutoramento em Direito Constitucional) - Universidade Federal de Minas Gerais, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DESCARTES, René. **Meditações**. Trad. J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ESPÍRITO SANTO. **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo**. Habeas Corpus nº 100.100.015.716. Alexsandro Pereira da Silva e Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Guarapari. Catharina Maria Novaes Barcellos. Vitória. 18 ago. 2010. Disponível em: <www.tjes.jus.br>. Acesso em: 13 mai. 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Siva, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)?. In: CALABRICH, Bruno; ____; PALELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Jus Podivm, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 34. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais. In: CALLEGARI, André Luís; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio; STRECK, Lenio Luiz (Org.). **Direito Penal em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUSSI, Evandro Herrera Bertoni. **A segurança na constituição**. 2005. Dissertação (Programa de Pós Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: <
<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/8782/000588871.pdf?sequence=1>
>. Acesso em: 23 mai. 2011.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre el gobierno civil**: um ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil. Trad. Carlos Mellizo. Madrid: Tecnos, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 2. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2001.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. 13. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

MOREIRA, Luiz. **A constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. O supremo e as garantias processuais: verdades, mentiras e outras indagações. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

_____; PEDRA, Anderson Sant'Ana. Da segurança pública. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

POLO, Giovana. Norma penal em branco. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, n. 301, p. 75-86, nov. 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Trad. Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livradia do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de sociología**. 26. ed. México: Porrúa, 1998.

SILVA, Bruno César Gonçalves da. **Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal**. Campinas: Servanda, 2010.

SILVA, César Dario Mariano da. **Provas ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo**. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Margarida Bittencourt da; SANTOS, Nivaldo dos; GOMES NETO, Helenisa Maria. **Estado democrático de direito e legitimidade do direito punitivo**, 2005. Disponível em:

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Margarida%20Silva_Nivaldo%20dos%20Santos%20e%20Helenisa%20Neto.pdf. Acesso em: 15 nov. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Porto Alegre, 1 v., n. 2, 2004.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.