

Universidade Federal do Ceará.
Fundação Paulo Bonavides.
Escola Superior do Ministério Público.
Curso de Especialização em Processo Penal.

***O MINISTÉRIO PÚBLICO E A APRECIÇÃO DA PROVA NO
PROCESSO PENAL COM SUA INTERPRETAÇÃO EM FAVOR DA
SOCIEDADE.***

POR NELSON RICARDO GESTEIRA MONTEIRO.

FORTALEZA/CE JULHO 2003.

341.434
M772m
(S459)
T638

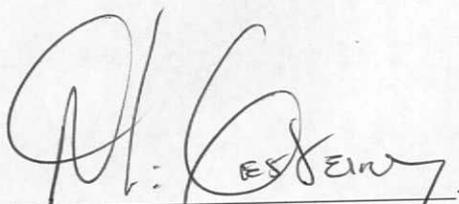
NELSON RICARDO GESTEIRA MONTEIRO.

***O MINSITÉRIO PÚBLICO E A APRECIÇÃO DA PROVA NO
PROCESSO PENAL COM SUA INTERPRETAÇÃO EM FAVOR DA
SOCIEDADE.***

Monografia apresentada à Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial a obtenção do Título em Especialista em Direito Processual Penal, sob orientação da Professora Maria Magnólia Barbosa da Silva.

Esta monografia "*O Ministério Público e a apreciação da prova no processo Penal com sua interpretação em favor da sociedade*" foi submetida como parte dos requisitos necessários a obtenção do Título de Especialista em Processo Penal, outorgado pela Universidade Federal do Ceará, e encontra-se a disposição dos interessados na Biblioteca da Escola superior do Ministério Público.

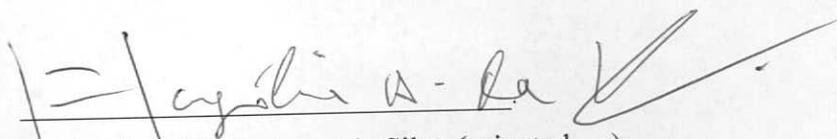
A Citação de qualquer trecho desta Monografia será permitida desde que em conformidade com as norma éticas e técnicas científicas.

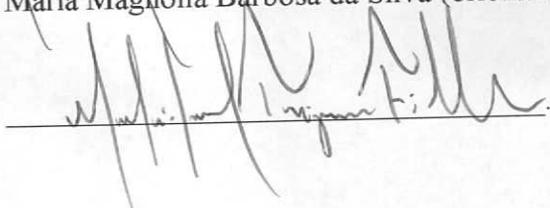

Nelson Ricardo Gesteira Monteiro.

Monografia defendida em 31 de julho de 2.003.

Nota 10,0 (DEZ)

Banca examinadora:


Maria Magnólia Barbosa da Silva (orientadora)



DEDICATÓRIA:

Dedico este estudo a minha esposa e filhos que me tiveram suprimidos de seu salutar convívio durante o Curso de Pós-graduação em Processo Penal da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará, tanto no período expositivo na agradável companhia dos valorosos docentes, como no período de estudo para a elaboração desta Monografia.

Um caloroso afago, a minha esposa Andréa e aos meus filhos Nelson Filho e Eduardo.

Nelson Ricardo Gesteira Monteiro.

RESUMO:

Trata este estudo de formas de apreciação da Prova colecionada no Processo Penal, onde se busca a interpretação da Legislação Constitucional e Infra – Constitucional, ao ponto de permitir a utilização de provas tidas por ilícitas em sua origem, abordando-a a frente de Princípio Constitucionais, morais e éticos.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO.

CAPITULO I

1- MINISTÉRIO PÚBLICO.

CAPITULO II

1 - INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS.

2 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

3 - FUNÇÃO FUNDAMENTADORA

4 - FUNÇÃO ORIENTADORA DA INTERPRETAÇÃO.

5 - A ULTRAPASADA FUNÇÃO DE FONTE SUBSIDIÁRIA

6 - FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

CAPITULO III

1- CONCEITO DE PROVA E SEU OBJETIVO.

2- INTERPRETAÇÃO DA PROVA

CONCLUSÃO

ANEXO

INTRODUÇÃO:

Em tempo de criminalidade e violência desenfreada, o Estado Brasileiro, demonstrando suas deficiências em reduzir os índices, por vezes impõem em não boa técnica estratégias de combate à violência, que, como vem ocorrendo, de forma não integrada, certamente não vingará no êxito que a sociedade deseja, e verificamos o surgimento de novas legislações, utilização de técnicas de inteligência, a preocupação de todos os entes da sociedade com o destino que nos aguarda.

Busca o Poder Legislativo, muitas vezes de forma atabalhoada produzir mudanças no contexto social e reduzir violência, simplesmente com edição de Leis, às vezes mais gravosas, majorando penas a serem aplicadas, vezes com erros e falhas técnicas em sua elaboração.

No Poder Executivo, responsável pelo contexto Policial, verificamos limitações orçamentárias, onde via de regra encontra-se nos Estados da Federação o sucateamento das Polícias Civil e Militares, com efetivos reduzidos, sem material de logística, sem falar no treinamento deficitário e em baixa remuneração, o que faz ocorrer, o surgimento de outra macula que é a corrupção.

No Poder Judiciário e Ministério Público, local onde deságuam via de regra a violência e a criminalidade, busca, também com suas formas de proteção social, trabalhando é obvio com as limitações fornecidas pelos demais poderes, pois temo por escopo a aplicação de arcabouço Jurídico, elaborado pelo Poder Legislativo, como também da coleta das provas atingidas através do aparelho policial que se encontra ligado ao Poder Executivo.

Desta forma, o Judiciário e o Ministério Público, se utilizam dentro da independência e harmonia dos poderes em nosso Estado Democrático de Direito, na forma

concebida, de produtos e sub produtos dos outros poderes do estado, com escopo final de dar a prestação jurisdicional. Cabendo portanto a estes operadores do direito em consonância com os demais estudiosos e doutrinadores de outras carreiras jurídicas, da no uso da hermenêutica interpretações do referido arcabouço jurídico, com o objetivo de Garantir os Direitos dos Cidadãos, e ainda dar a sociedade uma “segurança jurídica” que lhes garantam a integridade física e também o seu patrimônio.

No afã de buscar soluções para a redução da criminalidade e violência, debruçamo-nos no estudo, dentro de nossa área de atuação de formas de redução da violência, através do uso do aparelho Estatal da Justiça, fornecendo tese de estudo, onde analisaremos a questão da produção e coleta de provas para utilização no processo penal .

Buscaremos ver, neste estudo a Função do Ministério Público, e a possibilidade da utilização da prova ilícita para lastrear uma condenação no processo penal, indicando por parâmetros Constitucionais, e suas interpretações, a possibilidade ou não de utiliza-la .

CAPITULO I

1- MINISTÉRIO PÚBLICO:

O Ministério Público, é instituição de nível Constitucional. Dentre suas relevantes finalidades estão as expressas nos artigos 127 a 130 da Constituição Federal de 1988., de cujo texto nada consta a indicar que ele possa ser havido ou como um Poder acima de todos os poderes ou como um substituto perfeito do cidadão:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

“Art.129.- São funções institucionais do Ministério Público:

- I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;*
- II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;*
- III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;*
- IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;*
- V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;*
- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;*
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;*

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

LX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

§ 2º As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação.

§ 3º O ingresso na carreira far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, e observada, nas nomeações, a ordem de classificação.

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93, II e VI.

Ou seja, o Ministério Público é uma instituição legal, no sentido de que está inserido na ordem jurídica nacional, sendo dotada de poderes e responsabilidades. Como toda e qualquer entidade ou instituição pública, tem um caráter eminentemente instrumental, destinando-se, no campo de suas atribuições, a atuar no sentido da realização do interesse público.

Os interesses próprios e específicos da instituição Ministério Público e de seus integrantes são interesses secundários em relação ao interesse público, entendido como o interesse comum de toda a coletividade.

Por exemplo: Não poderia o Ministério Público, valer-se de provas obtidas por meios ilícitos, para defender a sociedade, poderia ser tido como contradição. Enfim, o Ministério Público é dotado de poderes jurídicos limitados, como é elementar à ordem jurídica, pois direito é sempre limitação; todo direito é limitado.

Voltando ao texto constitucional, cabe destacar o disposto no parágrafo primeiro desse mesmo artigo acima transcrito, onde estão enumerados os princípios fundamentais do Ministério Público: "§ 1º. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional".

Esta independência funcional deve ser entendida como liberdade de atuação dentro dos quadrantes da ordem jurídica, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição e pelas leis em geral. Independência não significa liberdade absoluta. Para que o Ministério Público, único, indivisível e independente, possa atingir suas finalidades de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, com independência, o próprio texto constitucional já lhe define as funções:

Esta limitação do Ministério Público, de interpretação da prova no Processo Penal, e que se busca aqui questionar, ou ainda observa-la sobre outra possibilidade, pois dentro do próprio Ordenamento Jurídico, e ainda em esfera Constitucional (Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade), verifica-se em tempos de criminalidade e violência desenfreada, a necessidade de uma mudança de postura dos agentes públicos responsáveis interpretação das normas jurídicas e atores dentro do "Processo Penal".

Desta forma, defende-se a interpretação da prova admitida no processo de forma ampla, onde a ilegalidade, ou nulidade porventura ocorrida na colheita de uma das provas, não contaminaria as demais provas apresentadas no processo, garantido assim a sua utilização para lastrear uma Condenação, caso baseados e apoiados em outros indícios, que sozinhos não seriam suficientes para estribar o decreto condenatório. Um só fruto podre, não macularia todas as provas apresentadas, onde de forma seletiva, criteriosa e baseada em parâmetros o Ministério Público e o Magistrado sentenciante, poderia utiliza-la, sem ferimento das garantias Constitucionais.

Alguns, menos avisados, menos afeitos à interpretação sistemática das normas jurídicas, atendo-se exclusivamente à literalidade do texto isolado, vislumbram na provável falta de parâmetros expressos uma total liberdade, uma discricionariedade absoluta, para

utilizar ou não a prova obtida e que por ventura, sujeita e contaminação por influencia de sua obtenção baseada em alguma irregularidade, tudo ao puro arbítrio do Representante do Ministério Público, Assistente do Ministério Público, Querelante ou Magistrado sentenciante, no exercício de suas independências funcionais, e livre apreciação da prova processual.

Não é isso, entretanto, o que emana de uma análise do assunto, quando feita no contexto da ordem jurídica, segundo os mais prestigiados métodos interpretativos.

2 - INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

Interpretar um texto normativo é algo mais do que ler a seqüência de palavras que o integram. Por certo, qualquer pessoa alfabetizada é capaz de ler um texto normativo, mas somente alguém dotado de conhecimentos técnicos científicos em Direito é capaz de apreender todo o seu conteúdo, retirando daí ilações de ordem prática.

Antes de se aplicar qualquer disposição normativa a um caso concreto é preciso interpretá-la, até para se saber se ela se aplica efetivamente ao específico caso em pauta.

O que é interpretar um dispositivo legal? Quem responde com excepcional clareza a essa pergunta, é EROS ROBERTO GRAU, na parte inicial de seu *Licitação e Contrato Administrativo* (Malheiros Editores, 1995, pág. 5 e 6): "*A interpretação do direito é atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por preceitos (disposições, textos) - o intérprete desvencilha a norma do seu invólucro (o texto); neste sentido, o intérprete "produz a norma". Atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em normas, a interpretação é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições. Por isso, as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, não dizem nada - elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem. A interpretação é um processo intelectual através do qual, partindo-se de fórmulas*

lingüísticas contidas nos atos normativos (os textos, enunciados, preceitos, disposições), alcançamos a determinação do seu conteúdo normativo".

Mas nenhuma disposição normativa tem vida fora do contexto em que está necessariamente inserida. O universo normativo não é um amontoado caótico de prescrições, mas, sim, um sistema, organizado, articulado e hierarquizado, no qual as contradições são apenas aparentes.

Nunca se pode apreender a totalidade do conteúdo normativo de um dispositivo legal isolado, sem relacioná-lo com outros dispositivos e, muito especialmente, com princípios contidos no ordenamento jurídico do qual ele é apenas uma parte. A correta elaboração desse relacionamento exige conhecimentos científicos específicos. A ciência que cuida da interpretação das normas jurídicas é a hermenêutica.

Entre os cultores dessa ciência destaca-se a figura exponencial de CARLOS MAXIMILIANO, de cuja obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (Ed. Forense, Rio, 1984, págs. 128 e 129), foi extraída a seguinte passagem: "O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos."

Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço.

Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram; verifica-se que o nexa entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame,

longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese, será melhor compreendido.

O hermeneuta eleva o olhar, dos casos especiais para os princípios dirigentes a que eles se acham submetidos; indaga se, obedecendo a uma, não viola outra; inquire das conseqüências possíveis de cada exegese isolada. Assim, contemplados do alto os fenômenos jurídicos, melhor se verifica o sentido de cada vocábulo, bem como se um dispositivo deve ser tomado na acepção ampla, ou na estrita, como preceito comum, ou especial.

Já se não admitia em Roma que o juiz decidisse tendo em mira apenas uma parte da lei; cumpria examinar a norma em conjunto: "*Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare, vel respondere*". Que em sua tradução nos diz: "*É contra o Direito julgar ou emitir parecer, tendo diante dos olhos, ao invés da lei em conjunto, só uma parte da mesma*".

A hermenêutica cuida do estudo dos diversos métodos interpretativos, tais como o literal, o lógico-gramatical, o histórico, o teleológico etc. Não é o caso de se proceder aqui a um estudo de cada um desses métodos, destacando suas respectivas características. Basta assinalar a opção feita pelo uso do método sistemático, cujas características e virtudes são salientadas por JUAREZ FREITAS (A Interpretação Sistemática do Direito, Malheiros Editores, 1995, pág. 54) nos seguintes termos: "*Destarte, assumindo uma ótica ampliativa e mais bem equipada, a interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos*".

Além da opção pelo método sistemático, cabe também destacar uma segunda opção metodológica, qual seja aquela que dá maior relevância aos princípios jurídicos em relação às simples regras específicas de conduta.

Porém, no contexto da Constituição Federal, são afirmados vários princípios jurídicos, de maior ou menor amplitude e hierarquia, sendo que alguns deles recebem do próprio texto constitucional a qualificação de fundamentais, enquanto outros, ainda que sejam apenas implícitos, têm sua importância decorrente do fato de se relacionarem a pontos estruturais da conformação do Estado Brasileiro.

Tudo isso deve ser sopesado, conforme ensina ROQUE CARRAZZA, na parte introdutória de seu Curso de Direito Constitucional Tributário (Malheiros, São Paulo, 6ª edição, 1994, pág. 30): *"Resulta do exposto que um princípio jurídico é inconcebível em estado de isolamento. Ele, até por exigência do Direito (que forma um todo pleno, unitário e harmônico) se apresenta sempre relacionado com outros princípios e normas, que lhe dão equilíbrio e proporção e lhe reafirmam a importância."*

O Jurista, ao examinar o Direito, deve considerar as idéias que mais se aproximam da universalidade dos princípios maiores; com isto, formará proposições e terá verdades menos gerais. Em seguida, tomará as idéias que mais se aproximem, por sua universalidade, das descobertas que acabou de fazer, concebendo novas proposições e continuando, desta maneira, sempre sem deixar de aplicar os primeiros princípios a cada proposição que descobrir. Descerá, então, pouco a pouco, dos princípios gerais às normas jurídicas mais particulares, caminhando, na medida do possível, do conhecido para o desconhecido.

Realmente, mesmo sem detenções maiores, nota-se que o Direito, longe de ser um mero conglomerado de normas, é um conjunto bem estruturado de disposições que, interligando-se por coordenação e subordinação, ocupam, cada qual, um lugar próprio no ordenamento jurídico, *apud* (Ferrara). É precisamente sob este imenso arcabouço, onde soblevam os princípios, que as normas jurídicas devem ser consideradas.

O princípio, por sua importância, serve exatamente para orientar a interpretação e a aplicação de toda e qualquer norma. Na ausência de norma específica, o princípio condiciona ou determina, diretamente, a atuação do agente da administração.

Seja permitido transcrever aqui alguns apontamentos feitos por GERALDO ATALIBA, em sua notável monografia sobre República e Constituição (RT, São Paulo, 1985, págs. 5 e segs.) a respeito do valor da noção de princípio: "*Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências.*"

A relevância dos princípios constitucionais e sua supremacia, sobre as normas ordinárias ou até mesmo constitucionais, foi admiravelmente apreendida e exposta por Agustín Gordillo, com as seguintes luminaras palavras: "*Diremos entonces que los principios de derecho público contenidos en la Constitución son normas jurídicas, pero no sólo eso; mientras que la norma es un marco dentro del cual existe una cierta libertad, el principio tiene sustancia integral. La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cual ha de ser la sustancia del acto por el cual se lo ejecuta. La norma es limite, el principio es limite y contenido. La norma da a la ley facultad de interpretarla o aplicarla em más de um sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley en más de um sentido: pero el principio establece una dirección estimativa, un sentido axiológico, de valoración, de espíritu. El principio, exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus limites y además tengan su mismo contenido, sigan su misma dirección, realicen su mismo espíritu. Pero aún mas, esos contenidos básicos de la Constitución rigen toda la vida comunitaria y no*

sólo actos a que más directamente se refieren o a las situaciones que más expresamente contemplan" (Introducción al Derecho Administrativo, 2ª ed., Abeledo Perrot, 1966, págs. 176 e 177)".

Daí, CELSO ANTÔNIO, (RDP 15/283) que "*qualquer disposição, qualquer regra jurídica..., para ser constitucional, necessita estar afinada com o princípio... realizar seu espírito, atender à sua direção estimativa, coincidir com seu sentido axiológico, expressar seu conteúdo. Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição e não se pode tolerar uma lei que fira um princípio adotado na Carta Magna. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra"*.

Nem mesmo o legislador pode criar, extinguir ou modificar direitos (por lei) contrariando um princípio. Com muito maior razão os agentes públicos, no momento da aplicação da lei, mediante a produção de específicos atos administrativos, devem estar atentos para os valores contidos e, especialmente, para as finalidades apontadas nos princípios.

Isto também se aplica, obviamente, ao Ministério Público e ao Magistrado sentenciante no tocante à prerrogativa de observação da prova carreada aos autos do processo.

Devemos nos amiar em comentários sobre os princípios constitucionais.

3 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

"Pouca importância dão, em geral, os nossos publicistas às 'questões de princípios'. Mas os princípios são tudo. Os interesses materiais da nação movem-se de redor deles, ou, por melhor dizermos, dentro deles." - Rui Barbosa.

Nas palavras do professor Vicente Ráo, ainda nos idos de 1950., afirmava que a ignorância dos princípios "quando não induz a erro, leva à criação de *rábulas* em lugar de juristas" (1). Não basta, porém, ao operador do direito conhecer os princípios; fundamental, outrossim, é saber para que eles servem, ou seja, insta compreender qual a função dos princípios para que se lhe apliquem corretamente. Este é o objeto do presente trabalho.

Sabe-se que os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas (2). Os princípios, porém, exercem dentro do sistema normativo um papel diferente das regras. Estas, por descreverem fatos hipotéticos, possuem a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas. Não é assim com os princípios, que são normas generalíssimas dentro do sistema.

Na realidade, os princípios são "multifuncionais" *apud* (CANOTILHO), sendo que pelo menos três funções podem ser apontadas aos princípios no direito em geral: *a*) função fundamentadora; *b*) função orientadora da interpretação; *c*) função de fonte subsidiária (3).

Ao lado dessas três funções básicas podemos enumerar outras, quais a "de qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontado o rumo que

deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio" e, tratando-se de princípio inserido na Constituição, a de *revogar* as normas anteriores e *invalidar* as posteriores que lhes sejam irredutivelmente incompatíveis"(4).

Diz-se, assim, que os princípios têm eficácia positiva e negativa: "*por eficácia positiva dos princípios*, entende-se a inspiração, a luz hermenêutica e normativa lançada no ato de aplicar o Direito, que conduz a determinadas soluções em cada caso, segundo a finalidade perseguida pelos princípios incidíveis no mesmo; *por eficácia negativa dos princípios*, entende-se que decisões, regras, ou mesmo, sub-princípios que se contraponham a princípios serão inválidos, por contraste normativo"(5).

1. O Direito e a Vida dos Direitos, 5a ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 48.

2. "a dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema" (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2a ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 141). Deve ser ressaltado, outrossim, que alguns autores (Perez Luño, Pietro Sanchis e García de Enterría) incluem os valores, ao lado dos princípios e das regras, como espécies de norma. Porém, por transcender aos estreitos limites do objeto desse estudo, deixaremos de tratar dos *valores como espécie de normas*, preferindo incluí-los como parte componente do próprio *princípio*, tendo em vista a enorme carga valorativa que nele está inserida.

3. ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999, p. 46. No mesmo sentido, o jurista espanhol F. de Castro assim compendiou: a função de ser "fundamento da ordem jurídica", com "eficácia derogatória e diretiva", sem dúvida a mais relevante, de enorme prestígio no Direito Constitucional contemporâneo, a seguir, a função orientadora do trabalho interpretativo e, finalmente, a de "fonte em caso de insuficiência da lei e do costume" (*apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso...* p. 255).

4. ROCHA, José de Albuquerque. *Ob. Cit.* p. 47.

Ademais, serve o princípio como limite de atuação do jurista. Explica-se: no mesmo passo em que funciona como vetor de interpretação, o princípio tem como função limitar a vontade subjetiva do aplicador do direito, vale dizer, os princípios estabelecem balizamentos dentro dos quais o jurista exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto(6).

Nesse mesmo compasso, pode-se dizer que os princípios funcionam também como *fonte de legitimação* (padrão de legitimação constitucional) da decisão. Vale dizer: quanto mais o Ministério Público e o Magistrado procuram torná-los eficazes, mais legítima será a decisão; por outro lado, carecerá de legitimidade a decisão que desrespeitar esses princípios constitucionais. Em outras palavras: os princípios são as *imposições deontológicas* que legitimam as decisões.

Assim, é correto dizer que os princípios podem ser vislumbrados em distintas dimensões: fundamentadora, interpretativa, supletiva, integrativa, diretiva e limitativa (Trabucchi e Bobbio)(7).

Vejamos mais detalhadamente os desdobramentos dessas funções dos princípios constitucionais.

5.ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 55.

6.BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação...*p. 256

7.BONAVIDES, Paulo. *Curso...*p. 254.

8.Princípio é, por definição, "mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico..." MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1980, p. 230. Em sentido semelhante, a Corte Constitucional italiana assim definiu princípios: "são aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico." (*apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso...*p. 230)

9.*Idem.*p. 254.

4 - FUNÇÃO FUNDAMENTADORA

O princípio, enquanto "mandamento nuclear de um sistema" (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO(8), exerce a importante função de fundamentar a ordem jurídica em que se insere, fazendo com que todas as relações jurídicas que adentram ao sistema busquem na principiologia constitucional "o berço das estruturas e instituições jurídicas". Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, "a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada"(9).

Com efeito, "os princípios, até por definição, constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Quando o legislador se apresta a normatizar a realidade social, o faz, sempre, consciente ou inconscientemente, a partir de algum princípio. Portanto, os princípios são as *idéias básicas* que servem de fundamento ao direito positivo. Daí a importância de seu conhecimento para a interpretação do direito e elemento integrador das lacunas legais..." (10).

Vê-se, dessa forma, que os princípios embasam as decisões políticas fundamentais tomadas pelo poder Constituinte e expressam os valores superiores que inspiram a criação ou reorganização de um dado Estado, ficando os alicerces e traçando as linhas mestras das instituições, dando-lhes o impulso vital inicial (11), de sorte que, ruindo o princípio, há a destruição de todo o "prédio normativo" que por ele está embasado.

Ora, sendo a Constituição um sistema de regras e princípios que resulta do 'consenso social sobre os valores básicos', e considerando mais que os princípios, dada a sua qualidade normogenética, fundamentam as regras, parece bastante fácil compreender que os princípios estão no ponto mais alto da pirâmide normativa, são "*norma normarum*" ou "norma das normas", "fonte das fontes".

Nas palavras de BONAVIDES, "são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição"(12).

O Supremo Tribunal Federal, aos poucos, vem captando essa dimensão funcional dos princípios, conforme se observa no voto do Min. Celso de Mello, proferido na PET-1458/CE (DJ 04-03-98, Julgamento 26/02/1998): "*o respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores - que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos - introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder*".

Dessa forma, "as normas que se contraponham aos núcleos de irradiação normativa assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade (no caso da eficácia diretiva) e/ou sua vigência (na hipótese de eficácia derogatória), em face de contraste normativo com normas de estalão constitucional"(13).

Na Constituição Cidadã, os quatro primeiros artigos tratam dos "princípios fundamentais"(14), sendo estes, ao lado do preâmbulo, o embasamento (e *telos*) de toda a ordem jurídica brasileira. Destaca-se o artigo 3º, que é a diretriz política adotada pelo Estado brasileiro:

10. *Teoria...* p. 46.

11. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação...* p. 146.

12. *Curso...* p. 265

13. ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 67.

"**Artigo 3º**- Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Interessa observar que, nesse ponto, os princípios constitucionais possuem uma *dimensão funcional de programa de ação* (função dirigente e impositiva), impondo, prospectivamente, tarefas e programas aos poderes públicos, que devem, de qualquer forma, buscar a sua concretização, justamente por essas tarefas serem imposições normativo-constitucionais, ou seja, serem o núcleo fundamental da Constituição Dirigente (CANOTILHO), *ob cit.*.

É importante salientar que os princípios, enquanto fundamentos vinculantes de conduta, pautam não somente a ação do legislador constituído, mas de também do administrador, do juiz e de todos as pessoas (físicas e jurídicas, públicas e privadas) que compõe a sociedade política.

5 - FUNÇÃO ORIENTADORA DA INTERPRETAÇÃO

Talvez, empiricamente, a função praxiológica precípua dos princípios seja, justamente, a de servir de bússola ao intérprete do direito. Pode-se dizer, assim, que o princípio é a melodia que inspira a dança do intérprete, que deve estar sempre "afinado" com a música. A letra pode mudar. O compositor, também. E até o ritmo pode sofrer alterações. Mas a melodia sempre será a mesma, e o intérprete, em sua dança hermenêutica, deverá tentar acompanhá-la custe o que custar.

Os princípios funcionam, nesse sentido, como o ponto norteador do azimute. Isto porque, "o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte com fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui"(15).

A função orientadora da interpretação desenvolvida pelos princípios "decorre logicamente de sua função fundamentadora do direito. Realmente, se as leis são informadas ou *fundamentadas* nos princípios, então devem ser interpretadas de acordo com os mesmos, porque são eles que dão sentido às normas [*rectius*, regras]. Os princípios servem, pois, de guia e orientação na busca de sentido e alcance das normas [regras]"(16).

Conseqüência direta desta função dos princípios constitucionais, é a constatação de que não são os princípios constitucionais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos princípios(17).

Assim, na lição de CARLOS ARI SANDFELD: "a) É incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) Quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) Quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o princípio." Agora, quanto à integração jurídica, diz: "Na ausência de regra específica para regular dada situação (isto é, em caso de lacuna), a regra faltante deve ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios."(18)

14.É de se atentar que a expressão "princípio fundamental" consagrada pela Constituição de 1988 é 'ineditismo da técnica legislativa', segundo Juarez Freitas.

15.BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação...*p. 141.

A cada dia, a função interpretativa dos princípios vem ganhando a sua importância devida. Na atualidade, é bastante fácil encontrar decisões judiciais, inclusive do Pretório Excelso(19), unicamente fundamentada em princípios(20). A Jurisprudência moderna, impulsionada pela vontade de concretizar a Justiça, deixou de lado o legalismo exacerbado que dominava o mundo jurídico no passado. Aparecem com força total as novas teorias ou movimentos rumo à "libertação" e à concretização da Justiça: *Movimento Direito Alternativo, Juizes para Democracia, Direito achado nas ruas, ativismo jurídico(21) etc.*

Percebeu-se que a lei (regra), como norma genérica(22) e abstrata, pode, na casuística, levar à injustiça flagrante. Aos princípios, pois, cabe a importante função de guiar o juiz, muitas vezes contra o próprio texto da lei, na formulação da decisão justa ao caso concreto(23). O juiz cria o direito, quer queiram quer não. E nessa atividade de criação do direito ao caso concreto, os olhos do juiz devem estar voltados para os princípios constitucionais.

16.ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria...*p. 47. Os colchetes são nossos.

17.Aqui estamos parafraseando uma famosa expressão de KRÜEGER, que dizia: "não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais" (*apud* FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Brasília, 1996, p. 17). Segundo PAULO BONAVIDES, essa constatação de KRÜEGER é "a descoberta do núcleo central de todo o processo que rege doravante as transformações constitucionais em proveito da formação e consolidação de um universo da liberdade, juridicamente resguardado por mecanismos de proteção eficaz" (*Curso de Direito Constitucional*, p. 358).

18.SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. Malheiros, São Paulo, 1992, p. 183

19.Sobretudo no controle de constitucionalidade, difuso e concentrado, os princípios constitucionais funcionam como parâmetros a serem aferidos pelo julgador.

20.Ver SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Celso Bastos Editor, São Paulo, 1999

21.A despeito de ser utilizada em várias acepções, a expressão *ativismo judicial*, ligada à terminologia norte-americana, relaciona-se essencialmente com a amplitude da intervenção do Judiciário no controle das políticas legislativas e executivas.

6 - A (ULTRAPASSADA) FUNÇÃO DE FONTE SUBSIDIÁRIA

Uma das primeiras lições que aprendemos no curso de Direito é que o ordenamento jurídico é completo, sem *lacunas*. Do axioma da completude do ordenamento podemos retirar duas regras fundamentais:"1) o juiz é obrigado a julgar todas as controvérsias que se apresentarem a seu exame; 2) deve julgá-las com base em uma norma pertencente ao sistema."(24)

22.Obviamente, os princípios são até mais genéricos do que a regra. Porém, a generalidade dos princípios tem uma vantagem não achada na regra: a abertura. Na lição de CARMÉM ROCHA: "... eles não pontuam, com especificidade e minudência, hipóteses concretas de regulações jurídicas. O complexo principiológico que fundamenta o sistema constitucional estabelece a gênese das regulações específicas e concretas, mas não as determina em si mesmas, senão dirigindo o seu conteúdo (que virá em outras normas) e excluindo qualquer ditame jurídico que lhe contrarie a diretriz. São, pois, gerais, para serem geradores de outros princípios e das regras constitucionais (...). A generalidade destes princípios possibilita que a Constituição cumpra o seu papel de lei maior concreta e fundamental do Estado, sem amarrar a sociedade a modelos inflexíveis e definitivos, que a vida não permitiria algemar-se em travas de lei. (...)." (...) "A generalidade dos princípios permite, pois, que sendo a sociedade plural e criativa, tenha seu sistema de Direito sempre atual, sem se perder ou mascarar modelos contrários aos que na Lei magna se contêm como opção constituinte da sociedade política" (*apud* ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 77)

23.No caso *Riggs vs. Palmer*, citado por Dworkin, o Tribunal de Nova Iorque, utilizando-se do princípio de que "ninguém pode beneficiar-se de sua própria torpeza", decidiu, em detrimento da própria lei (regra) testamentária, que o neto não poderia receber a herança do avô pelo torpe fato de haver assassinado este. Ou seja, prevaleceu o princípio ao invés da lei.

24.BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7a ed. Unb, Brasília, 1996, p. 118.

Nosso ordenamento jurídico, positivou esses dois princípios gerais nos seguintes dispositivos: "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito." (art. 126 do Código de Processo Civil). "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." (art. 4o da Lei de Introdução ao Código Civil). Então, na qualidade de fonte subsidiária do direito, os princípios serviriam como *elemento integrador* ou *forma de suprimento de lacunas* do ordenamento jurídico, na hipótese de ausência da lei aplicável à espécie típica.

Portanto, caso o juiz não encontrasse disposições legais capazes de suprir a plena eficácia da norma constitucional definidora de direito, deveria buscar outros meios de fazer com que a norma atinja sua máxima efetividade, como a analogia, os costumes e, *por fim*, os princípios gerais de direito. Os princípios seriam, assim, a *ultima ratio*: não há lei? Utilize a integração analógica. Não é possível a analogia? Vá às regras consuetudinárias. Costumes não há? Ah, agora sim vamos aplicar os princípios!!!

O professor JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, nesse ponto, ainda reflete a postura tradicional, quando afirma que, "*nos casos de lacunas da lei os princípios atuam como elemento integrador do direito. A função de fonte subsidiária exercida pelos princípios não está em contradição com sua função fundamentadora. Ao contrário, é decorrência dela. De fato, a fonte formal do direito é a lei. Como, porém, a lei funda-se nos princípios, estes servem seja com guia para a compreensão de seu sentido (interpretação), sejam como guia para o juiz suprir a lacuna da lei, isto é, como critério para o juiz formular a norma ao caso concreto*"(25).

Essa mentalidade, porém, encontra-se ultrapassada. Ao conferir normatividade aos princípios, estes perdem o caráter supletivo, passando a impor uma aplicação obrigatória. De fato, não é mais tão correto assim considerar os princípios mera fonte subsidiária do direito. Aliás, é até um erro utilizar o princípio como fonte subsidiária e

não como fonte primária e imediata de direito. Ora, desde o início deste estudo estamos enfatizando a força normativa dos princípios, de forma tal que não podemos admitir que o princípio seja subjugado à condição de mero instrumento supletivo em caso de lacuna de lei. É exatamente o contrário: é a lei que deve suprir, ou seja, completar e esclarecer os mandamentos dos princípios. Logo, "os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos"(26).

Realmente, com a inserção dos princípios nos textos constitucionais, a sua força vinculante impõe ao aplicador do direito a sua observância sempre e sempre. Portanto, havendo, em uma caso concreto, conflito entre uma lei (regra) e um princípio constitucional, é óbvio que este será aplicado.

De acordo com PAULO BONAVIDES, "*de antiga fonte subsidiária em terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade deste século, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional*"(27).

Em outra passagem, esclarece o insuperável professor cearense: "Dantes, na esfera juscivilista, os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo no sistema o seu mais baixo de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade. Doravante, colocados na esfera jusconstitucional, as posições se invertem: os princípios, em grau de positivação, encabeçam o sistema, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui e, finalmente, tendem a exercitar aquela função axiológica vazada em novos conceitos de sua relevância"(28).

25. Teoria...p. 47.

26. PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3a ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999, p. 14.

27. BONAVIDES, Paulo. *Curso...*p. 254.

Nossa Carta Magna captou bem essa importância dos princípios ao afirmar categoricamente que "**os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes** do regime e **dos princípios por ela adotados**, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". *A contrariu sensu*: **dos princípios adotados pela Constituição decorrem direitos (fundamentais)**(29).

O mundo moderno impõe, amiúde, a busca de novas alternativas condizentes com o turbulento e dinâmico macroambiente desta "aldeia global" (Mcluhan), que tem no *signo do efêmero* sua qualificadora indissociável.

Realmente, o impacto revolucionário das novas tecnologias - *internet* correio eletrônico, telefone celular, computadores portáteis, *fax*, *software* - e dos mais modernos meios de comunicação - TV a cabo, via satélite, videoconferência, *etc* - parece ser incompatível com a segurança jurídica, que é a razão de ser do ordenamento e quiçá do próprio direito em sua essência.

28. BONAVIDES, Paulo. *Curso...* p. 263.

29. O nosso Código de Defesa do Consumidor, numa avançada postura, adotou semelhante dispositivo: "os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade" (Art. 7º). Futuramente, prevê-se que haverá um ordenamento jurídico *universal* em matéria de defesa do consumidor e de direitos humanos, ou seja, qualquer pessoa poderá invocar o ordenamento jurídico de qualquer País para proteger o seu direito, desde que seja mais favorável aos direitos humanos ou ao consumidor. Assim, hipoteticamente, alguém aqui no Brasil poderia invocar a legislação francesa em prol de seu direito em detrimento da própria lei brasileira. Trata-se, sem dúvida, de uma visão bastante avançada, que demandará um super-redimensionamento no conceito de soberania e um extraordinário nível de maturação de toda a humanidade. O tempo dirá se será possível alcançar esse estágio.

E é nesse conturbado cenário que surge a importância maior dos princípios constitucionais: servir justamente para dar o norte para onde o hermenauta deve seguir nessa difícil atividade de adaptação do direito posto às novas situações jurídicas que vão surgindo num planeta globalizado completamente diferente de tudo que já existiu.

De fato, os princípios, em relação às regras, têm uma grande vantagem: a abertura. Ou seja, os princípios têm uma "substância política ativa", uma "estrutura dialógica", capaz de captarem as mudanças da realidade e estarem "afinados" às concepções cambiantes da "verdade" e da "justiça". Eles não são - nem pretendem ser - verdades absolutas ou axiomas imutáveis; são, isto sim, "poliformes" (Cármem Rocha). Na medida das transformações ocorridas no bojo do seio social, as interpretações dos princípios vão-se adaptando, vão-se moldando constantemente às vicissitudes do meio sócio-político em que atuam. São fluidos, plásticos e manipuláveis e, por isso mesmo, não precisam esperar as alterações textuais (legislativas) das regras para impor ou orientar as decisões políticas dos membros da sociedade. Ou seja, eles *transcendem* a literalidade da norma mesma em que estão inseridos, permitindo que se mude o sentido, isto é, a interpretação dos textos, sem que se precise, com isso, alterar os seus enunciados normativos⁽³⁰⁾.

Os princípios são, pois, neste momento de incertezas e transformações, o estado da arte na interpretação evolutiva, a única capaz de dar vida ao direito. E eles (os princípios) estão aí espalhados por todo o ordenamento jurídico. A Constituição está cheia deles, já que é Lei Fundamental a "ambiência natural dos princípios" (Willis Guerra Filho). Cabe a nós "descobri-los" e utilizá-los de forma adequada e satisfatória. Parafraseando J. J. CALMON DE PASSOS, diríamos que, assim como os mandamentos de Deus de nada valem para os que não têm fé, de nada valem os princípios constitucionais para os que não têm a consciência de sua potencialidade.

7 - FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

A interpretação constitucional não pode ser avarenta. Não é correto extrair-se, especialmente das garantias constitucionais, apenas aquilo que aflora à superfície. Por exemplo, quando a Constituição assegura o direito de petição, isso não pode ser entendido apenas como o direito de protocolar um pedido em uma repartição pública. Evidentemente, o direito de petição abrange, também, necessariamente, o direito a uma resposta conclusiva emitida em tempo razoável, devidamente fundamentada e motivada.

Da mesma forma, a garantia do devido processo legal deve ser entendida como protetora da liberdade em seu sentido mais amplo e dos bens não apenas materiais, mas também do patrimônio jurídico e do patrimônio moral das pessoas, que inclui o seu bem-estar, sua tranqüilidade. Constranger alguém a figurar como réu em uma ação penal, sem um mínimo de plausibilidade, sem a menor preocupação em verificar se existe ou não motivo para tanto, sem se valer de cautela constitucionalmente prevista para evitar que isso ocorra, ofende, sim, a garantia do devido processo legal.

30. Não é despidendo lembrar que a Suprema Corte Norte Americana, em face de um mesmo diploma constitucional, declarou, em sucessivas oportunidades, que o racismo era "legal" (1a fase, no caso *Dred Scott vs. Sandford*, julgado em 1857, a Suprema Corte negou a condição de cidadão a um escravo), "parcialmente legal" (2a fase, em 1896, no julgamento do caso *Plessy vs. Ferguson*, a Corte Suprema endossou a doutrina do *equal, but separate*) e, por fim, "ilegal" (3a fase, no caso *Brown vs. Board of Educacion*, decidido em 1954(!), a Corte considerou inconstitucional a segregação de estudantes negros nas escolas públicas), donde se conclui a "maleabilidade" do princípio da isonomia insculpido na Lei Fundamental norte-americana. Para bem entender a diferença entre o texto da norma e norma, cita-se CANOTILHO: "O recurso ao 'texto' para se averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre texto e norma. Isto é assim, mesmo em termos lingüísticos: o texto da norma é o 'sinal lingüístico'; a norma é o que se 'revela', 'designa'." Cf. *Direito Constitucional*, 5 ed., p. 225.

De maneira alguma se pode entender que qualquer pessoa pode ser acusada sem qualquer motivo ou propósito, desde que se lhe assegure o direito à ampla defesa. Ter que invocar, em juízo, essa garantia, imotivadamente, como resultado de uma acusação gratuita e desprovida de plausibilidade já é um constrangimento ilícito.

São coisas totalmente distintas, uma acusação plausível com relação à qual o acusado se revele, ao final, inocente, e uma acusação despropositada, fruto do puro descuido, da simples negligência no exercício de função pública, para não falar até mesmo de dolo. O simples fato de figurar como réu em uma ação penal já produz efeitos deletérios para o acusado, podendo até mesmo corroer e destruir uma boa reputação, ofendendo seu direito à inviolabilidade da honra e da imagem, prescrita pelo inciso X, do art. 5º da Constituição Federal.

Contudo, não pode a ação do estado em persecução penal, ficar limitada. A ação tem que ser desempenhada, e possui fundamentação legal nos próprios fundamentos dos princípios fundamentais que se encontram em diversos artigos da nossa Carta Política vigente.

Cabe tecer comentários sobre princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Atualmente, vive o Direito a era dos princípios, assumindo estes posição hegemônica na pirâmide normativa.

Diante desta constatação, faz-se mister, inicialmente, deixar assente uma noção acerca de tal categoria jurídica.

Conforme averbou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (31), em lição lapidar:

31..Curso de Direito Administrativo, 12ª Edição, Malheiros, 2000, pp. 747 e 748.

Princípios, no sentido jurídico, são proposições normativas básicas, gerais ou setoriais, positivadas ou não, que, revelando os valores fundamentais do sistema jurídico, orientam e condicionam a aplicação do direito.

"Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

(...)Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada."Neste contexto, o Direito Constitucional contemporâneo acentua a força normativa dos princípios constitucionais, suplantando a doutrina positivista das normas programáticas".

De acordo com a lição de PAULO BONAVIDES (32), é na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, em decorrência de reação intelectual comandada por RONALD DWORKIN, jurista de Harvard. Os princípios, então, passam a ser tratados como direito.

Destarte, é possível afirmar, juntamente com PAULO BONAVIDES (33), que a teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, converteu-se no coração das Constituições. Dentre os princípios que iluminam o novo Direito Constitucional, ganha cada vez mais relevo, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade.

É possível vislumbrar duas funções distintas desempenhadas pelo referido princípio no sistema normativo. Na primeira delas, o princípio da proporcionalidade configura instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos. Nesse sentido, sua aplicação tem por fim, segundo informa GERMANA DE OLIVEIRA MORAES (34), ampliar o controle jurisdicional sobre a atividade não-vinculada do Estado, vale dizer, sobre os atos administrativos que envolvam o exercício de juízos discricionários ou a valoração de conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados (conceitos de prognose), possibilitando a contenção do exercício abusivo das prerrogativas públicas.

De outro lado, o princípio em exame também cumpre a relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

Esta função é ressaltada por PAULO BONAVIDES (35), *in verbis*: "*Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.*"

32..Curso de Direito Constitucional, 9a edição, Malheiros, 2000, p. 237.

33..Op. cit., p. 253.

34..Controle Jurisdicional da Administração Pública, 1a edição, Dialética, 1999, pp. 75-83.

Neste sentido, o princípio em tela assemelha-se ao princípio da "concordância prática", formulado por KONRAD HESSE, o qual aliás se acha de certo modo implícito no primeiro, consoante arguta observação de PAULO BONAVIDES (36).

No presente estudo, intentar-se-á fazer uma análise crítica, sobretudo à luz da jurisprudência do STF, do emprego do princípio da proporcionalidade no primeiro sentido mencionado, vale dizer, como mecanismo de tutela dos direitos fundamentais contra os abusos do poder público. De início, impende registrar não haver uniformidade na doutrina quanto à terminologia adotada. Pode-se afirmar, contudo, que as expressões mais utilizadas são, além de "princípio da proporcionalidade", "princípio da proibição de excesso" e "princípio da razoabilidade".

Sem embargo de opiniões em contrário, entendo não haver distinção essencial entre o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade. Ambos funcionam como meios de controle dos atos estatais, através da contenção dos mesmos dentro de limites razoáveis e proporcionais aos fins públicos. De acordo com a lição de J. J. GOMES CANOTILHO (37): "Através de *standards* jurisprudenciais como o da proporcionalidade, razoabilidade, proibição de excesso, é possível hoje recolocar a administração (e, de um modo geral, os poderes públicos) num plano menos sobranceiro e incontestado relativamente ao cidadão".

35..*Op. cit.*, p. 386.

36..*Op. cit.*, p. 367.

37.. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3a edição, Almedina, 1999, p. 263.

38.. *Temas de Direito Constitucional*, 2a edição, Renovar, 2002, pp. 161 e 162.

39..*Manual de Direito Administrativo*, 7a edição, Lumen Juris, 2001, p. 21.

Na verdade, como leciona LUÍS ROBERTO BARROSO (38), os princípios em questão diferem entre si pela origem, pois aquele surgiu no direito anglo-saxão, como face material da cláusula do *due process of law*, ao passo que o segundo desenvolveu-se a partir da doutrina alemã, ressaltando o autor que, em linhas gerais, ambos os conceitos são fungíveis. No mesmo sentido, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (39).

A propósito, o Supremo Tribunal Federal não estabelece distinção precisa entre os princípios em apreço. É o que se infere da ADIMC-1407 / DF (, Relator Min. CELSO DE MELLO, *in verbis* (40):

"EM EN T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996 - COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS PARA ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - VEDAÇÃO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.100/95 (ART. 6º) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, § 1º) E DE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO PLURIPARTIDARISMO E DO REGIME DEMOCRÁTICO - AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO - AÇÃO DIRETA - LEGITIMIDADE ATIVA - INEXIGIBILIDADE DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA.

(...) VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS - PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL - RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria

constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador" (grifamos). Votação: por maioria, vencido o Min. Ilmar Galvão. Resultado : indeferida. DJ DATA-24-11-00 PP-00086; EMENTA VOL-02013-10 PP-01974. Julgamento: 07/03/1996 - Tribunal Pleno.

Relativamente ao conteúdo do princípio da proporcionalidade, a doutrina, de um modo geral, desdobra-o em três sub-princípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

40. DANIELA LACERDA SARAIVA SANTOS, na obra coletiva *Os Princípios da Constituição de 1988*, organizada por MANOEL MESSIAS PEIXINHO, ISABELLA FRANCO GUERRA e FIRLY NASCIMENTO FILHO, *Lumen Juris*, 2001, pp. 374 e 375, destaca dois precedentes (RE 192.568-PI e RE 211043-SP) nos quais o STF faz uso do princípio da razoabilidade como sinônimo do princípio da proporcionalidade. Conferir, também, ADIMC-1976 / DF, **Relator** Min. MOREIRA ALVES, DJ 24.11.00.

Primeiramente, a medida adotada deve ser a mais adequada para a satisfação do interesse público visado pela norma, sob pena de invalidade. Outrossim, a restrição aos direitos fundamentais deve restringir-se ao estritamente necessário ao atendimento daquele interesse. Segundo CANOTILHO (41): "*O princípio da exigibilidade também conhecido como 'princípio da necessidade' ou da 'menor ingerência possível', coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão*" (grifos do original)

Por último, reclama-se a proporcionalidade entre a restrição imposta e a medida adotada. Aqui, "meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim"(42).

Urge advertir, porém, que o princípio da proporcionalidade, a despeito de ter sido concebido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, não raro é invocado para justificar medidas restritivas impostas a tais direitos, sob o argumento de que ditas medidas não seriam desproporcionais. É o caso, por exemplo, da decisão do Egrégio STF a respeito do plano de racionamento de energia elétrica, publicada no Informativo STF n.º 234. "O Tribunal, por maioria, deferiu a medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade para suspender, com eficácia *ex tunc*, e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória 2.152-2 de 1º/6/2001 — que estabelecem metas de consumo de energia elétrica, prevendo a suspensão do fornecimento em caso de descumprimento e a cobrança de tarifa especial aos consumidores que ultrapassem suas metas. À primeira vista, o Tribunal entendeu demonstrada, em face da crise de energia elétrica, a proporcionalidade e a razoabilidade das medidas tomadas, salientando que a tarifa é preço público de natureza política, permitindo, por conseguinte, a adoção de um regime especial de tarifação com vistas a desestimular o consumo de energia, nos termos do art. 175, parágrafo único, IV, da CF ("*Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:... III - política tarifária;*"). ADCMC 9-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 28.6.2001.(ADC-9)".

41..*Op. cit.*, p. 264.

42.. J. J. GOMES CANOTILHO, *Op. cit.*, p. 265..

43.. *Op. cit.*, p. 394.

Por essa razão, torna-se imperioso que o princípio da proporcionalidade seja analisado à luz das normas e princípios que compõem o sistema constitucional de cada Estado, em homenagem à força normativa da Constituição. A não ser assim, teremos que admitir a procedência da crítica de GENTZ, citado por BONAVIDES, segundo a qual "o freqüente uso do princípio tende a transformá-lo num chavão rígido ou num mero apelo geral à justiça, tão indeterminado que de nada serve para a decisão de um problema jurídico, abrindo assim a porta 'a um sentimento incontrolável e descontrolado de justiça *que substitui as valorações objetivas da Constituição e da lei por aquelas subjetivas do juiz*'" (grifo nosso).

Ademais, uma decisão fundamentada exclusivamente no princípio da proporcionalidade, sem qualquer correlação com os valores prestigiados no texto constitucional, pode gerar a indesejável impressão de ter sido proferida mais por considerações políticas do que jurídicas, o que representa enorme desprestígio para a Justiça.

Por isso, decidiu bem a Primeira Turma do STF, v. u., no HC 80.949-RJ, Rel. o eminente Min. SEPÚLVEDA PERTENCE(44):

"EMENTA:

I- Habeas corpus: cabimento: prova ilícita.

1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal.

II- Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, artigo 5º, LVI): considerações gerais.

2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o

interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação" (...).

Diante do exposto, infere-se que o princípio da proporcionalidade, em um Estado Democrático de Direito, deve atuar como instrumento de realização das normas e princípios positivados no texto da Lei Fundamental, sob pena de subverter sua importante missão na tutela dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos

CAPITULO III

1- CONCEITO DE PROVA E SEU OBJETIVO:

O conceito de prova é bastante diversificado na língua portuguesa, podemos observa-lo sobre o conceito da Filosofia Geral, onde teremos por operação mental, convincentemente, leva a inteligência ao conhecimento da verdade de uma proposição, raciocínio ou apresentação de um fato que afasta dúvidas *apud* Lalande, o que estabelece a verdade por demonstração; aquilo que confirma a veracidade de um fato. No Direito Civil, se trata do conjunto de meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de negócios jurídicos *apud* Clovis Bevilacqua, tais como: confissão; atos processados em Juízo; documentos público e particular; testemunhas; presunção; exames e vistorias; arbitramento; inspeção judicial. Já no Direito Processual, podemos caracteriza-lo por Elemento legal e moralmente legítimo, idôneo para apuração da verdade dos fatos alegados em Juízo, determinante da convicção ou do convencimento do magistrado, demonstração da existência do fato que se baseia o direito do postulante, e da veracidade em que se baseia o direito do postulante, e da veracidade do que se alega como fundamento do direito que se defende ou contesta; a afirmação negativa ou positiva do fato contestado, de cuja

demonstração depende da certeza do alegado, apud De Plácido e Silva; ou ainda meio de demonstrar o direito subjetivo em Juízo, e meios produtores de certeza apud Mittermayer."

Analisando detidamente os conceitos acima mencionados, é observado que a prova busca a veracidade dos fatos e a correlação com o direito, ficando visto que fatos e direitos estão entrelaçados. Através da prova procura-se a veracidade dos fatos para chegar ao direito, pois existe o elo entre os fatos e o direito. É o que fica claro diante da estrutura tridimensional do direito traçado por Miguel Reale, que diz: "Uma análise em profundidade dos diversos sentidos da palavra Direito veio demonstrar que eles correspondem a três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto normativo (o Direito como ordenamento e sua respectiva ciência); um aspecto fático (o Direito como fato, ou em efetividade social e histórica) e um aspecto axiológico (o Direito como valor de Justiça). "O fato social é sempre, portanto, a partida na formação do Direito. O Direito surge das necessidades fundamentais das sociedades humanas, que são reguladas por ele como condição essencial à sua própria sobrevivência. É no Direito que encontramos a segurança das condições inerentes à vida humana, determinada pelas normas que formam a ordem jurídica."

O Direito passa a ser a normatização de fatos que possui um valor expressivo perante a sociedade, traçando regras de condutas para a própria coletividade viva em harmonia.

No caso do Processo Penal, recapitulando o ponto anterior, foi visto que a prova é o meio ou instrumento idôneo que tem como escopo formar o convencimento do Juiz, demonstrando a veracidade dos fatos alegados pelas partes, fatos constitutivos dos direitos, elementos de sua composição. O Processo Penal, compartimento do Direito, é o campo que visa à persecução criminal, pois é o ramo que busca a análise dos fatos concretos com o fito de verificar a existência de tipificação criminal e a responsabilização da autoria e aplicação da pena adequada a caso em concreto, utilizando-se da lei penal e as demais normas correlacionadas (Direito Constitucional, Direito Internacional Público, Medicina Legal e outros).

O Processo Penal é um instrumento utilizado para análise do fato concreto, verificando se o mesmo se enquadra na moldura do tipo penal, criado pela norma em seu mundo abstrato, trazendo a sua cor concreta, ou melhor, a verificação ou não da existência de crime, quais os sujeitos que participaram ou não participaram do ato de infração penal e o grau de intensidade da pena.

O Direito Processual Penal é o Direito Penal formal, que cuida de regular minuciosamente a apuração dos crimes e o julgamento dos acusados. Dá ao indivíduo condições de se defender e propor ações, quando agredido. Esclarece os meios e os modos para exercício da Justiça Penal.

O Direito Processual Penal, ferramenta instrumental do Direito Penal, estará pondo em jogo o direito de liberdade do cidadão, que possui proteção Constitucional, por ser direito inerente a todo ser humano. O Processo Penal para alcançar a busca pela verdade dos fatos verifica a existência ou não do tipo penal, moldura ditada pela Lei Penal, desenvolvendo-se através de atos interligados e ordenados (procedimento) que de forma geral se distribui em fases postulatória, instrutória e conclusiva ou decisiva.

A fase postulatória ocorre com a denúncia que imputa ao denunciado uma prática delituosa, por existirem no mínimo contra este provas materiais e indícios de autoria. O denunciado, tendo o conhecimento dos fatos alegados contra ele, é chamado em Juízo e

passa a exercer sua defesa; produzirá prova a seu favor, em contrapartida as que já foram apresentadas ou que foram solicitadas a seu desfavor pelo denunciante. A fase instrutória se caracteriza pela colheita das provas de forma mais intensa, não impossibilitando que provas sejam produzidas em outras fases, como ocorre na postulatória ou até após o final da fase instrutória e antes da sentença, quando o Juiz, não se achando apto para julgar, solicita novas diligências. A fase conclusiva ou decisiva ocorre quando o Juiz depois do exame acurado de todas provas produzidas e analisados os fatos e o direito firma uma posição que poderá condenar ou absolver o sentenciado. O procedimento não representa apenas o aspecto formal do processo, mas também consiste na participação ativa e necessária das partes na coleta das provas e reconstrução dos fatos que motivarão e fundamentarão o provimento final, participação essa que concretiza tanto na própria conformação estrutural do processo (isto é, na relação jurídica processual) e na coleta e preparação das provas, quanto na efetivação do contraditório entre elas estabelecido.

Analisando o que foi dito e o que será desenvolvido neste item podemos afirmar que o Processo Penal através de atos interligados, ordenados procedimentalmente, regula, orienta a colheita das provas, com o escopo da reconstrução dos fatos ocorridos, elucidando o direito das partes em conflito, o direito de punir do Estado verso o direito de liberdade do cidadão, dentro da justa medida. A Justa medida que só poderá ser alcançada em um Estado Democrático de Direito.

A Carta Magna Nacional – Constituição da República Federativa do Brasil – declara em seu art. 1.º que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito. A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre justa e solidária (art. 3.º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1.º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da

pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas de favorecer o seu pleno exercício.

No Estado Democrático de Direito, no qual os julgamentos criminais somente podem ser considerados legítimos se fundados em provas concludentes e capazes de superar a presunção de inocência do acusado, o reconhecimento de um verdadeiro direito à prova sublinha exatamente os aspectos garantísticos da atividade probatória, ressaltando a necessidade de correção epistemológica, de resguardo de outros direitos fundamentais e, sobretudo, de participação dos interessados em todos os atos relacionados à reconstrução da prova.

E a atualidade do tema é evidente, especialmente diante das novas balizas dadas ao nosso processo penal pela Constituição de 1988 e pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, recentemente incorporada ao nosso ordenamento: os dois documentos sublinham, com efeito, uma concepção garantista, voltada a propiciar a efetiva participação dos interessados no provimento, até como forma mais adequada de se assegurar a imparcialidade da atividade jurisdicional; e tal participação, como é natural, revela-se sobretudo pela possibilidade de influir, através de provas e da discussão contraditória das mesmas, na formação do convencimento judicial.

A Constituição Federal de 1988 vem resgatar um longo período de exceção que o Brasil enfrentava desde 1964, os "*Governos Militares (1964-1985): Arbitrio e Autoritarismo*" combatidos com veemência. Os segmentos conservadores que haviam conspirado contra Goulart acreditavam que uma intervenção militar rápida e austera daria ao Brasil o crescimento econômico, o controle da inflação, o fim da corrupção e do *perigo vermelho*. Em vez disso, o golpe de Estado de 31 de março de 1964 que afastou o Presidente marcou mais de vinte anos de arbitrio na vida brasileira. A Carta Magna de 1988 vem permeada de normas de garantias individuais, coletivas e sociais em resposta com o momento traumático que o povo brasileiro provou de 1964 a 1985, conforme, a título demonstrativo, se transcreve parte:

"Título II. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo I. Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

[...]

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

- a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
- b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

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

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

[...]

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

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

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A prova ilícita é repudiada pela Norma Suprema do Estado a partir do momento em que fere os princípios que o novo ordenamento jurídico alberga. Surge a preocupação nos Tribunais Criminais em qualificar prova lícita ou ilícita pelas sérias conseqüências que podem causar em seus julgados. A prova produzida em detrimento às garantias individuais anula todo o processo em que foi produzida? Os direitos sociais e coletivos estão acima das garantias individuais; portanto, as provas penais produzidas com vícios com esse teor não seriam ilícitas?

A doutrina que a jurisprudência americana constitui sob o nome de *fruit of poisonous tree*, ao defender a tese de que havendo prova ilícita no processo, e se as demais provas somente forem possíveis a partir dela, a sua ilicitude contamina todas as demais. A prova ilícita contamina as provas obtidas a partir dela. Com fundamento na doutrina dos *frutos da árvore envenenada*, o Tribunal determinou, por maioria de votos, o trancamento de ação penal por crime de tráfico de entorpecentes, em que o flagrante – apreensão de 80 quilos de cocaína – e demais

provas só foram possíveis em virtude de interceptação de ligações telefônicas autorizada pelo juiz. Aplicação do art. 5.º, LVI, da CF ("são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;"). Necessidade da regulamentação do art. 5.º, XII, da CF ("é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;"). Vencidos os Ministros Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves. Precedente citado: *HC 69912-RS (DJ de 26-11-93)*. *HC 73.351-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 10-5-1996*.

No caso exposto, a prova produzida no processo foi considerada ilícita devido à forma como foi introduzida, embora exista autorização judicial, que não foi considerada idônea por não existir lei que definisse como deveria ser feita, esta autorização e o seu devido procedimento. A prova, como já foi vista, tem como escopo demonstrar a realidade dos fatos e trazer um grau de convencimento à sociedade de que as decisões foram tomadas dentro dos padrões de justiça.

Ao exame do ponto anterior foi visto que o repúdio à prova ilícita e às demais garantias individuais e sociais teve influxo de um momento histórico, e sua aplicação deve estar dentro de um contexto atual, não podendo sofrer desvios e trabalhar contra a própria sociedade. Não quero aqui afirmar que deverá ser feita uma nova Carta Constitucional para enquadrar o momento histórico em que vivemos, onde a corrupção, o tráfico de drogas, o abuso do poder econômico atingem índices preocupantes, pois a solução está na maneira como se interpreta o ordenamento jurídico considerando a prova lícita ou ilícita em relação aos bens jurídicos que estão contrapostos.

Podemos citar como exemplo do direito comparado o caso da legislação da Alemanha, onde a Autoridade Judicial, no caso concreto, antes de qualificar a

prova em lícita ou ilícita examina quais os valores jurídicos contrapostos. Ocorrendo a violação da vida privada de um cidadão para a busca de provas referentes a uma atitude agressora contra a própria sociedade, como tráfico de drogas ou outro delito de gravidade, a prova da forma como foi colhida não causa a sua invalidação, pois os valores coletivos estão acima dos valores individuais. O julgamento da validade da prova conforme os valores que se colidem é o que caracteriza o princípio da proporcionalidade.

No Brasil, Constituição Federal, Título I, Dos Princípios Fundamentais, que compreendem os artigos 1.º a 4.º, são normas e princípios que impregnam todo o Ordenamento Jurídico, inclusive os demais artigos da própria Carta Magna. Existe dentro da norma de proteção constitucional uma gama de valores que ora se aglutinam, ora se contrapõem, mas neste momento não são colidentes, pois, dependendo da qualificação desses valores, poderá ocorrer que um deles tenha predominância sobre os demais. Assevera Antônio Magalhães Gomes Filho que o Princípio da Proporcionalidade foi acatado entre nós pelo próprio constituinte de 1988, ao prever tratamento diferenciado para a repressão a determinados crimes, que atualmente está regulado pela Lei n.º 9.296/96.

Feita a análise sistêmica do conteúdo da provas colhidas, assim como a avaliação formal do modo de obtenção destas, deve-se concluir que a inadmissibilidade de provas **ilícitas não** pode prevalecer quando os delitos praticados causam lesão ao erário, assim como o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, se, da inutilização da prova colhida ilicitamente, resultar a impossibilidade de punição dos culpados. Esse entendimento decorre da hierarquia lógica de valores constitucionalmente tutelados, tomado por base o princípio da proporcionalidade, utilizado pela doutrina alemã, que é aplicável à Constituição brasileira tanto em função da citada hierarquia lógica dos valores constitucionais tutelados quanto pelo disposto no § 2.º do art. 5.º, "*in verbis*": "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a

República Federativa do Brasil seja parte.” E finalmente porque, num Estado de Direito como é o Brasil, nenhum direito pode ser considerado absoluto”

O Processo Penal possui caráter instrumental para a prática do Direito Penal, não podendo interferir na realidade dos fatos ao ponto de prestigiar direitos e garantias individuais, ferindo valores constitucionais fundamentais, transformando um caminho propício para impunidade, descrédito e desprestígio da Justiça.

Hodiernamente, a temática das provas ilícitas ostenta *status* de uma discussão Constitucional, visto que a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 estabeleceu, no inciso LVI do art. 5.º, o preceito segundo o qual *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.*

Nessa perspectiva, a vedação às provas ilícitas representa uma limitação à atividade cognitiva do Juiz ditada pelo interesse da sociedade em resguardar os direitos individuais, mormente os relativos à intimidade, em sacrifício da ampla perquirição da verdade, sobretudo a material. Ou seja, na ponderação entre interesse da busca da verdade e proteção dos direitos individuais, a coletividade atual optou pela preponderância desta última.

A Constituição Federal de 1988 colocou a questão da inadmissibilidade no processo das provas ilícitas em termos, aparentemente, absolutos. Logo, transferiu-se à doutrina e à jurisprudência o encargo de compatibilizar os interesses contrapostos decorrentes do binômio segurança social-liberdades públicas individuais, tal como acima frisado.

Nestes trabalho adotaremos, ainda que parcial e limitadamente, a terminologia utilizada pela Constituição Federal Brasileira de 1988, ao dispor no inc. LVI do art. 5.º: "são inadmissíveis, no processo, as *provas obtidas por meios ilícitos*". Trilhando os ensinamentos do magistral professor da Universidade de Milão, *Pietro Nuvolone* (45), a imensa maioria da doutrina pátria considera que as

provas ilícitas são espécie das provas vedadas, ilegais, ou proibidas, que comportam, ainda, as provas ilegítimas.

Jurista como *Ada Pellegrini Grinover* distingue as provas ilícitas das ilegítimas, aduzindo que a prova pode ser ilegal, por infringir a norma, quer de caráter material, quer de caráter processual. Então, quando a prova é feita em violação a uma norma de caráter material, essa prova é denominada por prova ilícita; ao contrário, em relação à prova produzida com infringência a uma norma de caráter processual, usa-se o termo prova ilegítima.(46) A referida autora, juntamente com *Antônio Scarance Fernandes* e *Antônio Magalhães Gomes Filho* aduzem que provas ilícitas, em sentido estrito, são aquelas violadoras das próprias liberdades públicas e dos direitos da personalidade inseridos nas normas ou princípios colocados na Constituição e nas leis, como, por exemplo, a inviolabilidade do domicílio (art. 5.º, XI, CF/88) o sigilo das comunicações (art. 5.º, XII, CF/88), a proibição da tortura ou maus tratos (art. 5.º, III, CF/88) (47)

Com a peremptória vedação das provas ilícitas estabelecida no inc. LVI do art. 5.º da CF/1988, parecia que toda e qualquer discussão a elas relacionada se resumiria, invariavelmente, a um consenso pela total inadmissibilidade processual das provas ilícitas.

Contudo, convém gizar que as liberdades públicas não podem ser enfocadas sob o prisma da total intangibilidade, uma vez que há uma ínsita carga de relatividade no seu conteúdo. (48)

Deste modo, mesmo antes da Lei Maior de 1988, já se cogitava a possibilidade, ainda que excepcional, de admissão processual das **provas ilícitas** quando as mesmas servissem de base ao resguardo dos valores e/ou direitos superiores eleitos pelo ordenamento jurídico. Visava-se, com isso, corrigir as possíveis distorções que a rigidez da teoria da exclusão poderia levar em determinados casos de excepcional gravidade.

Discute-se que, eventualmente, a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, ainda que defenda um direito fundamental, pode inviabilizar a realização de outro direito igualmente importante.

No intuito de resolver esse dilema, a doutrina argumenta que só com a utilização do princípio da proporcionalidade (*verhältnismässigkeitsprinzip*, modernamente desenvolvido pelo Tribunal Constitucional alemão — *Bundesverfassungsgericht*) ou da razoabilidade (*reasonableness*, fruto da evolução jurisprudencial da Suprema Corte americana), é factível a superação do dilema, sendo este princípio o instrumento necessário para a salvaguarda e a manutenção do justo equilíbrio entre valores conflitantes, desde que aplicado, única e exclusivamente, em situações tão extraordinárias, que levaria a resultados desproporcionais, desiguais e repugnantes, se inadmitida a prova ilicitamente colhida. (49)

(45) NUVOLONE, Pietro. *Le Prove Vietate nel Processo Penale nei Paesi di Diritto Latino*, em Riv. dir. proc., 1966, pág. 470. *Apud*: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as Interceptações Telefônicas*, pág. 97.

(46) GRINOVER, Ada Pellegrini. *Provas Ilícitas*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n.º 16, jun./1980, pág. 97.

(47) GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 2.ª ed., São Paulo: Malheiros, 1992, pág. 108. Nesta obra os autores asseveram que a proibição probatória tem natureza processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo, e tem natureza substancial, quando, embora servindo mediatamente, também, a interesses processuais, é colocada em função dos direitos que a ordem jurídica reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.

(48) MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 4.ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 1998, pág. 111.

O princípio da proporcionalidade é formado por três elementos ou subprincípios, quais sejam: a adequação (*Geeignetheit*), a necessidade (*Enforderlichkeit*) e a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), os quais em conjunto propiciam equilibrar os valores fundamentais em contraste. (50).

Conforme aponta *Luiz Avolio*: "A concepção atual da proporcionalidade é, pois, dotada de um sentido no direito público, e a teoria do direito germânico, correspondente a 'uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados' (...)."

Na concepção do eminente *Paulo Bonavides*, o princípio da proporcionalidade se projeta sobre o princípio da unidade da Constituição, mediante o qual se estabelece que não pode haver interpretações contraditórias entre normas constitucionais, evitando, assim, que o conteúdo de uma possa negar o da outra. Nesse sentido, o jurista retrocitado assevera que o princípio da proporcionalidade objetiva levar a Justiça ao caso concreto, após submeterem-no a reflexões dos prós e contras, a fim de averiguar se na relação entre meios e fins houve adequação. (51)

(49) GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as Interceptações Telefônicas*. pág. 113.

(50) BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, pág. 73.

(51) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, pág. 387.

Influenciado pelo princípio da proporcionalidade, *Pontes de Miranda* entendia ser possível o acolhimento processual das **provas ilícitas**, desde que o direito a ser prestigiado com a sua utilização fosse mais importante que o direito sacrificado com a sua obtenção. (52)

Então, é certo que uma parcela respeitável da doutrina pátria, apegada ao princípio da proporcionalidade, é favorável à flexibilização do preceito constitucional que veda o ingresso das **provas ilícitas** em qualquer tipo de processo, quando se contrapondo valores igualmente relevantes, um deles tiver de ser sacrificado em função das condições de cada caso concreto.

Mas, ao mesmo tempo, deve-se ponderar as alegações daqueles que vêm no princípio da proporcionalidade uma dose excessiva de subjetivismo capaz de mitigar a proteção dada aos direitos fundamentais do indivíduo.

Convém aduzir que, embora quase a totalidade da jurisprudência pátria não tenha acatado a tese acima exposta, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* 3.982/RJ deu guarita ao princípio supracitado, senão vejamos a seguinte ementa:

"Constitucional e Processo Penal. *Habeas Corpus*. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inc. LVI do art. 5.º da Constituição, que fala 'são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito', não tem conotação absoluta. *Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao Juiz, através da 'atualização constitucional' (verfassungsaktualisierung), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana,*

mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da 'Razoabilidade' (Reasonableness). O 'princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas' (Exclusionary Rule), também, lá, pede temperamento. Ordem denegada." (9) (grifo nosso)

Sob idêntico fundamento do *habeas corpus* supracitado, o STJ, novamente em 5-3-1996, ao julgar o HC 4.138-RJ (54), decidiu pela aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em relação às provas colhidas ilicitamente, sob o argumento de que o exegeta deve sempre buscar os valores maiores da sociedade, relativizando, assim, a vedação contida no inciso LVI do art. 5.º da CF/1988.

Desta forma, infere-se que o STJ tem aplicado na sua inteireza o princípio da proporcionalidade em matéria de vedações probatórias. Mais adiante, analisar-se-á a posição do STF.

O princípio da proporcionalidade e as provas ilícitas 'pro reo'

(52) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Editora Revista dos Tribunais, v. 7, 1983, pág. 131, e *Comentários ao Código de Processo Civil (1973)*, Editora Forense, 2.ª ed., tomo IV, 1979, pág. 344. *Apud* LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. *Op. cit.*, pág. 230.

(53) STJ, HC 3.982/RJ, *Rel. Min. Adhemar Maciel*, 6.ª Turma, julg. em 5-12-1995, *DJ* de 26-2-1996, pág. 4.084.

Conforme frisado anteriormente, na hipótese de existirem dois ou mais valores da mesma hierarquia, o princípio da proporcionalidade constitui-se num importante instrumento à disposição dos órgãos jurisdicionais, para que estes decidam qual dos valores deve prevalecer.

O ilustre *Antônio Magalhães Gomes Filho* assinala que: "... no confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o *direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer*, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas, também, porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado". (55) (grifo nosso)

Hodiernamente, é posição praticamente pacífica, quer na doutrina quer na jurisprudência, que o interesse de utilização, no processo penal, das provas ilícitas quando favoráveis ao réu, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, suplanta a regra constitucional de exclusão daquelas provas, pois o direito tutelado é mais importante do que outros, como, por exemplo, o direito à intimidade.

(54) STJ, HC 4.138/RJ, 6.^a Turma, *Rel. Min. Adhemar Maciel*, DJ de 27-5-1996, pág. 17.917. No mesmo sentido: RHC 7.216/SP, 5.^a Turma, *Rel. Min. Edson Vidigal*, DJ de 25-5-1998, pág. 00125; RHC 7.321/PR, 5.^a Turma, *Rel. Min. Félix Fisher*, DJ de 10-8-1998, pág. 00076.

(55) GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988 em Os 10 Anos da Constituição Federal: Temas Diversos*, por Alexandre de Moraes (coordenador), pág. 262.

(56) GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. pág. 111. Na obra, os autores afirmam que na jurisprudência e na doutrina estrangeiras esse tem sido o tratamento dado à conduta da pessoa que grava sub-repticiamente sua conversa com terceiros para demonstrar a própria inocência.

Segundo *Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho*, a razão de ser desse posicionamento provém da aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*. (56)

Os retrocitados autores, igualmente, afirmam que, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, a ilicitude é eliminada por causa legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade. (57)

Pelo visto, rejeita-se o apego exagerado ao formalismo, pois a privação da liberdade não pode prevalecer por meio de uma condenação injusta, tão-somente para dar efetividade à vedação formal do aproveitamento das **provas ilícitas**. Portanto, a defesa pode utilizar provas captadas por meios ilícitos quando essas se mostrarem indispensáveis à proteção do *jus libertatis*.

Cabe frisar que, mesmo antes da Constituição de 1988, o Pretório Excelso já vinha se posicionando contra a admissibilidade processual das **provas ilícitas**, nesse sentido foi o julgamento do recurso de *Habeas Corpus* 63.834-SP, no qual firmou-se entendimento que os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação principal. (58)

(57) *Id. Ibid.*

(58) Destaca o acórdão: *Habeas Corpus*. Processual. Prova ilícita. Constitucional. Garantia dos §§ 9.º e 15 do art. 153 da Lei Maior (inobservância). Tratamento do Inquérito Policial. 1— Os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal. 2 — As provas produzidas no inquérito ora em exame — gravações clandestinas — além de afrontarem o princípio da inviolabilidade do sigilo de comunicações (§ 9.º, art. 153, CF), cerceiam a defesa e inibem o contraditório, e ofendem, igualmente, a garantia do § 15 do art. 153 da Lei Magna. 3 — Inexistência, nos Autos, de outros elementos que, por si, justifiquem a continuidade da investigação criminal. 4 — Trancamento do inquérito, o qual poderá ser renovado, fundando-se em outros indícios, na linha de previsão do estatuto processual penal. 5 — Voto-vencido que concedia a ordem em menor extensão. RIIC provido para determinar o trancamento do inquérito

policial (RIIC 63.834-SP — 2.^a Turma do STF, julg. em 18-12-1986 — Pres. Djaci Falcão, Relator par acórdão Célio Borja. Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vol. 122, pág. 47).

Assim, com o advento do novo regime constitucional inaugurado após a Carta Magna de 1988, o STF consolidou, definitivamente, sua oposição à admissibilidade das provas ilicitamente colhidas.

O repúdio às provas ilícitas fica bem evidenciado no julgamento da Ação Penal 307-3-DF, onde figuravam como autor o Ministério Público Federal e como réus o ex-Presidente da República, *Fernando Affonso Collor de Mello*, *Paulo César Farias* e outros, sendo que o plenário do STF entendeu que: "... a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobrelevam, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito Democrático (...)"

Em relação à admissibilidade das provas ilícitas *pro reo*, o STF tem posição pacífica no sentido de que na ocorrência desse tipo de prova há a exclusão da ilicitude por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade. Assim, no tocante à aplicação do princípio da proporcionalidade à matéria probatória, o Colendo Tribunal somente tem acatado as provas ilícitas *pro reo*.

Exemplificando o acima dito, traz-se o julgamento proferido nos Autos do *Habeas Corpus* 74.678-SP, cuja ementa é a seguinte: "*Habeas corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com a autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, quando há, para essa utilização, excludente da antijuridicidade. *Afastada a ilicitude de tal conduta, a de por*

legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica, ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando crime, é ela, por via de consequência, lícita e, também, conseqüentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5.º, LVI, da Constituição, com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5.º, X, da Carta Magna). *Habeas corpus* indeferido." (59) (grifo nosso)

Das posições extraídas, observa-se : a) As vedações probatórias limitam a liberdade instrutória do Juízo, e até mesmo o próprio direito à prova, sendo que as chamadas provas proibidas ou ilegais são o gênero que aglutinam as espécies: ilegítimas (aquelas produzidas com desrespeito às normas ou princípios processuais) e ilícitas (aquelas obtidas com violação às normas ou princípios de direito material). b) Apesar da vedação constitucional à admissibilidade das provas ilícitas (artigo 5.º, LVI, da CF/1988), há casos muito particulares onde os valores envolvidos são de tamanha envergadura, que se acaba por propugnar a admissibilidade processual de algumas provas ilícitas como forma de se resguardar os direitos que, no caso concreto, se mostraram mais merecedores de acolhimento.

(59) STF, HC 74.678/SP, Rel. *Min. Moreira Alves*, 1.ª Turma; julg. em 10-6-1997, DJU de 15-8-1997, pág. 37.036. Nesse mesmo sentido: STF, HC 75.261/MG, Rel. *Min. Octavio Gallotti*, 1.ª Turma, 24-6-1997, DJU de 22-8-1997, pág. 38.764; STF, HC 75.338/RJ, Rel. *Min. Nelson Jobim*, 1.ª Turma, julg. em 24-6-1997, DJU de 22-8-1997, pág. 38.764.

Na prova ilícita *pro reo*, há a manifestação do princípio da proporcionalidade na seara do direito de defesa constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do *favor rei*. Quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade. c) A posição do STF, antes mesmo do advento da Constituição de 1988, já era no sentido de inadmitir as provas ilícitas tanto nos processos civis quanto nos criminais. Na vigência da atual Constituição, o Pretório Excelso reafirmou a sua posição pela inadmissibilidade processual das provas ilícitas. No tocante à aplicação do princípio da proporcionalidade à matéria probatória, o Colendo Tribunal somente tem acatado as povas ilícitas *pro reo*.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 5º, LVI, que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". A prova ilícita, ou, para usar os dizeres da nossa Carta Política, aquela obtida por meios ilícitos, esbarra na vedação da lei material (penal ou constitucional, por exemplo) ou da lei processual (civil ou penal).

Fala-se, então, na doutrina, em prova ilícita e prova ilegítima, para indicar a primeira como sendo aquela que viola norma de direito material, ao passo que a segunda, dita ilegítima, viria a transgredir preceitos de direito processual. Uma e outra estão abrangidas pela proibição advinda da Lei Maior, valendo a distinção, tão-somente, para fins didáticos, pois, nos dois casos, haveria manifesta ilegalidade.

A limitação à prova já fora versada no Código de Processo Civil (art. 332) e no de Processo Penal Militar (art. 295), estabelecendo, ambos, interdito ao exercício ilimitado do direito à prova. Com efeito, enquanto o primeiro alude aos "meios legais" e aos "moralmente legítimos" como hábeis para provar os fatos em que se funda a ação ou a defesa, o processo castrense admite "qualquer espécie de

prova, desde que não atente contra a moral, a saúde ou a segurança individual ou coletiva".

Nosso Código de Processo Penal, mais antiquado, não contém dispositivo genérico ou abrangente a respeito do tema, como os demais citados, no sentido de estabelecer balizamento à produção de prova. Porém, encontramos, no título respectivo (VII do Livro I), inúmeras restrições à realização da prova. Podem ser citados os arts. 155, 206, 207 e outros, e, no procedimento do júri, os arts. 406, § 2º e 475, todos aqui referidos exemplificativamente, no objetivo, apenas, de demonstrar que, também no CPP, o direito à prova não reveste caráter absoluto. Sem embargo da inexistência de um preceito genérico limitando a prova em nossa lei processual penal, seria inadmissível permitir a efetivação de uma prova ilícita no processo penal comum, tendo em conta a vedação expressa advinda da *Lex Legum*.

No exame das provas ilícitas, a doutrina dominante vem firmando orientação no sentido de que tal modalidade de prova não pode jamais ser admitida no processo, pouco importando a sua relevância para o deslinde da causa penal. Sacrifica-se, nesse passo, o princípio da verdade real em favor da vedação absoluta da prova obtida por meio ilícito. Ainda que em jogo apuração de infração penal da maior gravidade, não poderá o juiz valer-se, em hipótese alguma, de prova obtida por meio ilícito para condenar o réu, embora nela reste evidenciada, sem sombra de dúvida, a culpabilidade do imputado.

A posição da doutrina é acompanhada pela jurisprudência, ao que parece majoritária, de nossos tribunais, valendo notar que o Pretório Excelso, quando do julgamento da ação penal contra o Presidente Collor e Paulo César Farias, firmou entendimento no sentido da inadmissibilidade das provas ilícitas, através da manifestação unânime do plenário da mais alta Corte de Justiça do País. Não há negar que aquele *leading case* ensejou ao Supremo Tribunal Federal a oportunidade de, em face da relevância política que a hipótese apresentava,

aplicar o princípio da razoabilidade, que será objeto de análise, em decisão que serviria de bússola para orientação de nossos tribunais para outros casos em que se justificasse a invocação do princípio.

Em função de tal compreensão da matéria, tornou-se possível a construção doutrinária e jurisprudencial que envereda pelo caminho de proibir, também, a prova ilícita por derivação. Trata-se de elaboração cunhada pela Suprema Corte Americana, conhecida como a doutrina do "*Fruit of the poisonous tree*" (fruto da árvore envenenada), pela qual o veneno da árvore contamina seus frutos. Segundo tal entendimento, embora a prova colhida no processo seja lícita, ela deriva de uma outra obtida por meio ilícito. É o caso, por exemplo, da busca domiciliar levada a efeito sem mandado, em que, no local, vem a ser apreendido o produto do crime; ou, ainda, da confissão obtida sob tortura, através da qual apreende-se o produto da infração penal. Refira-se ainda, o caso da interceptação telefônica sem autorização judicial por meio da qual se obtém a indicação de testemunha que, posteriormente, prestando depoimento, regularmente, perante a autoridade judiciária, ratifica os fatos revelados na aludida escuta telefônica, incriminando o réu. Aqui também o Supremo Tribunal Federal vem mantendo irreduzível entendimento no sentido de sufragar a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação. Vejam-se os Habeas Corpus nº 69.912/RS e nº 73.351/SP.

No último julgado, o STF concedeu o writ ao argumento de que a prova ilícita contaminou a prova obtida por meio dela, pois, na hipótese versada, "a apreensão dos 80 quilos de cocaína só foi possível em virtude de interceptação telefônica".

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, movido de ira santa, crítica, com veemência, "a precipitação em importar, de maneira passiva e acrítica" a doutrina dos frutos da árvore venenosa, "nua dos matizes que a recobrem no próprio país de origem". E indaga se tal viés doutrinário será adequado à nossa

realidade, de modo especial na área da "criminalidade organizada", concluindo por dizer a enorme dificuldade que sente "em aderir a uma escala de valores que coloca a preservação da intimidade de traficantes de drogas acima do interesse de toda a comunidade nacional (ou melhor: universal) em dar combate eficiente à praga do tráfico", combate este que "também é um valor constitucional" incluído no art. 5º, XLIII, que prevê "o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins" entre os "crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia".

O ensinamento conspícuo do ilustre Professor exige meditação, servindo para demonstrar como tais posturas doutrinárias e jurisprudenciais, ainda que movidas pelas mais elevadas intenções de respeito à Constituição, podem contribuir para o afrouxamento ético dos nossos costumes, conduzindo, cada vez mais, à impunidade geral.

Porém, no meu pensar, tudo decorre, pura e simplesmente, da não-adoção da Teoria da Proporcionalidade no exame das provas obtidas por meios ilícitos. Uma vez esposada aquela teoria, a doutrina dos frutos da árvore venenosa seguir-lhe-ia o caminho. É caso de afirmar: "*sublata causa tollitur effectus*".

Curiosa, sem dúvida, é a posição de TORNAGHI, ao examinar a matéria. Ensina o grande mestre do processo penal que "a questão é menos jurídica do que de política processual". Com efeito, indaga: "valem as provas legalmente obtidas seguindo-se as indicações dadas pelas ilegalmente conseguidas? Para ilustrar: o réu confessa sob coação, com riqueza de pormenores (fato ilícito). Cada um dos pormenores é averiguado de maneira lícita (com buscas, inspeções, inquirições, perícias, etc.). Pode o Juiz ter presente essas outras provas?

Na Alemanha a *communis opinio* afirma que sim (cita-se a exceção de K. SIEGERT). Em contrapartida, a jurisprudência americana responde negativamente".

Cumprе assinalar, no entanto, que a posição doutrinária do eminente processualista é anterior à Constituição Federal de 1988, pois a edição de onde foi colhida contém data de 1978.

CORDERO, ao que parece, adota a mesma posição ao estudar a licitude e a admissibilidade das provas.

No entanto, a prova ilícita, quando pro reo, vem sendo admitida com tranqüilidade não só na doutrina como perante a jurisprudência, em homenagem ao direito de defesa e ao princípio do favor rei. Tal posição mitiga, sem dúvida, o rigor da inadmissão absoluta das provas ilícitas. Em tais casos, no meu entendimento, o sujeito estaria em situação de verdadeiro estado de necessidade, causa excludente da antijuridicidade, vendo-se obrigado ao uso de prova ilícita em defesa da sua liberdade. É a hipótese, por exemplo, da pessoa que, de forma subreptícia, grava sua conversa com terceiro para provar sua inocência. Aliás, nosso vetusto Código de Processo Penal, no parágrafo único do art. 233, já previa a possibilidade da exibição em juízo, pelo respectivo destinatário, de carta particular, para a defesa de seu direito, ainda que sem consentimento do signatário. Em tal circunstância, como assinalei, a pessoa estaria ao abrigo de uma causa excludente de ilicitude, pois em verdadeira situação de estado de necessidade. Assim, para evitar uma condenação, o réu vê-se forçado a exibir correspondência, que a Constituição Federal (art. 5º, XII) protege como um valor absoluto, violando o seu sigilo. Entre a inviolabilidade da correspondência e o direito à liberdade sobreleva este último. Isso nada mais é que a aplicação, pura e simples, da Teoria da Proporcionalidade, que, abaixo, será objeto de estudo.

É justo tal entendimento?

Sem dúvida, partindo do princípio de que as normas jurídicas devem estar sujeitas a uma interpretação razoável sob pena de se transformarem em preceitos injustos e irracionais.

Até aqui tenho enumerado, *apertis verbis*, as principais vertentes que vêm encontrando aceitação doutrinária e jurisprudencial em relação ao tema provas ilícitas, evitando, tanto quanto possível, fastidiosas citações doutrinárias ou referências jurisprudenciais excessivas.

O presente estudo, com efeito, está voltado, unicamente, para o exame crítico da aplicabilidade intransigente do preceito constitucional insculpido no art. 5º, LVI da Carta Magna de 1988 no campo do processo penal.

7. Para tanto, faz-se mister breve incursão sobre a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. A matéria, por sinal, mereceu cuidadoso estudo da parte do Professor LUÍS ROBERTO BARROSO em trabalho doutrinário de leitura obrigatória para quem deseje abeberar-se no assunto.

Segundo tais princípios, cabe ao Poder Judiciário, ao examinar certas restrições de direitos, apreciar até que ponto são elas justificadas pelo interesse público, admitindo-as como legítimas ou não.

No aludido ensaio, o festejado Professor analisou, ex professo, o assunto, mostrando que o princípio da razoabilidade teve, tradicionalmente, sua incidência no âmbito do Poder Executivo, voltado que estava para o exercício do poder de polícia na área do direito administrativo e para os limites da interferência do Estado na vida privada.

Como será possível resumir o princípio da proporcionalidade? Quando ele terá aplicação?

Respondo, com a maravilhosa síntese de WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO: quando "as vantagens que trará superarem as desvantagens...".

Já em relação aos atos do Poder Legislativo, "a despeito de constituir prática relativamente antiga na tradição norte-americana, sendo igualmente admitida, com reservas, em países como a Alemanha e a Itália", o princípio ainda suscita alguma controvérsia, "por confrontar-se com certas noções tradicionais de separação de Poderes", como observa BARROSO, 8 com apoio na doutrina de GILMAR MENDES (Controle de Constitucionalidade, p. 41) e de PIERANDREI (Enciclopedia del Diritto, vol. 10, 1962, p. 907).

Trata-se de reação compreensível na medida em que para a doutrina convencional repugna o fato de o juiz sobrepor-se ao legislador emprestando à norma uma valoração subjetiva à outrance.

Some-se ao argumento uma outra observação relevante, isto é, a de que os Juízes, pelo menos entre nós, não se encontram ungidos pelo "batismo da representação popular", na feliz expressão de BARROSO. Daí recomendar-se que a atuação do juiz se faça cum grano salis no exercício de tal jurisdição, evitando, na medida do possível, usurpar função que não é sua.

Não se pode negar que a palavra final, em matéria constitucional ou de lei ordinária, será sempre do Poder Legislativo, mostrando BARROSO 10 que, "não concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitucional", pode o Legislador "no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar", aludindo, inclusive, ao fato de que, nos Estados Unidos, "por quatro vezes, o Congresso editou emendas à Constituição por discordar do entendimento jurisprudencial".

No que respeita aos atos administrativos a questão torna-se de mais fácil compreensão, salientando BARROSO, com inúmeros exemplos extraídos da

jurisprudência de nossos tribunais superiores, ainda ao tempo da vigência da Constituição Federal de 1967-69, casos de aplicação "de modo implícito e até mesmo inconsciente" do princípio da razoabilidade. Com efeito, nos referidos julgados não há menção expressa à razoabilidade, embora o princípio tenha sido aplicado, em toda a sua plenitude, como parâmetro de valoração de diversos atos do Poder Público. Exempla: a) a decisão que considerou discriminatória a reprovação de candidato à carreira diplomática, em razão de entrevista pessoal, candidato esse que já fora aprovado nas provas intelectuais; b) em outra decisão, a jurisprudência repeliu o chamado "julgamento de consciência", que poderia excluir do concurso candidato à magistratura, com base em avaliação secreta sobre sua vida pública e privada. O julgado entendeu tal preceito incompatível com o concurso público.

Embora a Constituição Federal de 1988 não tenha feito referência expressa ao princípio da razoabilidade, sustenta BARROSO que ele integra o direito constitucional brasileiro, podendo ser aplicado pelo intérprete da Constituição, "integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não-escrito" (doutrina alemã) ou, ainda, poderá ser extraído da cláusula do *due process of law* (art. 5º, LIV), em razão do caráter substantivo que se deva emprestar à cláusula (corrente norte-americana).

Salienta o ilustre Professor, tantas vezes lembrado no presente estudo, que o princípio em exame tem uma incidência bem mais vasta nos países de Constituição sintética, reduzindo-se sua aplicação nos países de Constituição analítica. Em nosso caso, em que a Lei Maior é prolixa, haverá, ainda assim, amplo espaço para aplicação do princípio.

Permito-me acrescentar que, quando em jogo conceitos de natureza política, haverá, necessariamente, que limitar-se a ação do Judiciário, na apreciação dos chamados "conceitos jurídicos indeterminados", quando a própria

Carta Política exclui, expressamente, qualquer situação controladora por parte do Poder Judiciário.

Incumbe examinar, no momento, o tema à luz do processo penal, tendo em conta a apreciação que as "provas ilícitas" vêm merecendo da doutrina e da jurisprudência majoritárias.

TOURINHO, ao deter-se sobre a questão, afirma, enfático, ser preferível que o criminoso fique impune a se permitir o desrespeito à Lei Maior.

Com efeito, a Constituição Federal, ao vedar as provas obtidas por meios ilícitos, fê-lo de forma absoluta e peremptória. Na verdade, a Carta Magna de 1988 poderia, no próprio corpo do texto, ter inserido a ressalva "na forma da lei". O dispositivo constitucional, em tal caso, não gozaria de aplicação imediata, ensejando regulamentação legal. Seria, então, uma norma constitucional de eficácia contida. Porém, assim não dispôs a Carta Política de 88, como já registrado.

Daí, os respeitáveis entendimentos que erigiram em verdadeiro dogma de fé a vedação absoluta das provas obtidas por meios ilícitos.

É na busca de uma resposta razoável para tais indagações que o presente estudo encontra sua razão de ser.

O inciso de nº LVI do art. 5º da Constituição Federal está inserto no Título II que trata dos "Direitos e Garantias Fundamentais", cujo Capítulo I cogita dos "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos".

Compulsando o mencionado art. 5º, verifica-se, com facilidade, que, ali, igualmente, estão tutelados o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, como, aliás, resulta destacado no caput do dispositivo.

Faz-se, pois, a primeira pergunta: será razoável deixar de lado tais direitos à vida, à liberdade, etc., quando em confronto com a limitação advinda do inc. LVI do art. 5º da Carta Magna?

Deve o criminoso ficar impune, como pretende a doutrina majoritária, ou, ao contrário, impõe-se ensejar ao juiz a oportunidade de colocar na balança os direitos e os valores postos em contraste, dando-se ao caso concreto a solução justa. Por que vedar-se ao magistrado a aplicação da teoria da proporcionalidade, desdobramento natural da construção jurisprudencial da razoabilidade elaborada graças ao talento da Suprema Corte dos Estados Unidos?

Discorrendo sobre o critério da proporcionalidade, esclarecem ADA PELLEGRINI GRINOVER et alii que os "tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio de equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes".

A objeção que se costuma fazer ao princípio da proporcionalidade reside no subjetivismo que gera, pondo nas mãos do juiz um poder absoluto de apreciação sobre qual valor deve preponderar, fazendo surgir um "concretismo" perigoso, com graves riscos para a segurança individual.

Riscos há, não há dúvida; principalmente se não existir da parte do juiz perfeito equilíbrio entre o que se deva entender por atuação discricionária e postura arbitrária. Porém, perigo há em tudo nessa vida, a começar pela própria vida, pois já se disse que "viver é muito perigoso".

Haveria, evidentemente, critérios balizadores para a atuação do juiz nesse terrível campo minado, não me parecendo que a aplicação do princípio da proporcionalidade deva ser estendida a todo o preço e para qualquer caso.

Somente em casos excepcionais e de extrema gravidade é que se justificaria o acolhimento da prova ilícita. Permito-me, à guisa de exemplo e sem a mínima preocupação de esgotar as infrações penais em que ele poderia encontrar aplicação, indicar os chamados crimes hediondos, como aqueles em que o juiz poderia não deixar impune o criminoso, aproveitando a prova obtida por meio ilícito. Acaso não seria mais justo sacrificar a intimidade de um seqüestrador para chegar-se à punição do criminoso?

Nenhum direito do homem pode ser visto como absoluto, na medida em que o indivíduo dele se vale para atentar contra a vida, a liberdade ou a segurança de outrem.

Mas não é só. A decisão, que viesse a admitir como válida uma prova de tal natureza, exigiria, por certo, cuidadosa fundamentação (art. 93, IX, da CF), fazendo uma opção entre os valores em jogo, por mera aplicação do "princípio da convivência das liberdades" sintetizado no brocardo segundo o qual o meu direito termina onde começa o de outrem. Direito, sim; abuso de direito, não!

O segundo momento regulador do eventual arbítrio judicial residiria na possibilidade de a decisão ser enfrentada mediante recurso, criando-se a partir daí uma jurisprudência que serviria de critério indicador para casos futuros.

Já ficou visto, linhas acima, que o princípio da proporcionalidade vem sendo admitido, no meu entendimento com inteiro acerto, desde que a prova ilícita venha a ser utilizada pro reo. Entre a condenação de um inocente e o uso da prova ilícita que pode levar à absolvição do réu, não há dúvida que sobreleva, como valor maior, a liberdade individual. As "Mesas de Processo Penal" do "Departamento de Direito da USP" estabeleceram, através da Súmula nº 50, que "podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas" desde que beneficiem a defesa.

Por que, então, não admiti-las, também, pro societate, desde que cercado o seu ingresso nos autos das cautelas aqui preconizadas?

Gostaria, nesse passo da exposição, de fazer breve incursão a respeito de um conceito básico que deve reger a apreciação de qualquer lei, seja ela ordinária seja ela Constitucional. Refiro-me ao sistema. BOBBIO registra o uso do termo na linguagem jurídica com inúmeros significados, mas assinala que "a determinação de um sistema é que confere estatuto científico às tarefas de interpretação levadas a cabo pelos juristas".

Do mesmo modo, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, 19 referindo-se de forma especial à Constituição, preleciona:

"A Constituição é um sistema, porque as normas e princípios que a compõem não estão soltos e desvinculados, mas, sim, presos a uma acomodação harmônica, determinada por uma precisa gradação das denominadas normas fundamentais."

Justamente por ser um sistema, formando um todo orgânico inseparável e não um conjunto solto e desarticulado de preceitos, é que a Constituição Federal deve ser examinada e, nela, o art. 5º, LVI, como parte integrante do mesmo sistema.

Conforta-me, sobretudo, a opinião de CELSO RIBEIRO BASTOS, ao debruçar-se sobre o tema, quando assinala a propósito do inc. LVI, in verbis: "O que cumpre agora fazer é procurar extrair a real significação deste dispositivo, ainda que pessoalmente entendamos que houvera sido melhor para o Brasil adotar uma posição mais contemporizadora, que propiciasse à legislação ordinária e à jurisprudência um avanço no sentido de, em determinadas hipóteses, aceitar-se a prova ainda que ilícita."

E, referindo-se de modo especial à prova ilícita pro reo, salienta que, a despeito do caráter peremptório do texto constitucional, a norma está a exigir "alguns temperamentos", prestigiando o interesse social da realização de justiça em detrimento do direito individual encarnado em uma pessoa.

Saliento, da mesma forma, agora no campo da jurisprudência, o excelente voto do Sr. Ministro ADHEMAR MACIEL, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 3.982/RJ, onde, na qualidade de Relator, salientou: "Numa análise apressada da jurisprudência americana anterior a 1987, pode-se constatar que a Exclusionary Rule não é tomada em termos absolutos.

Como em termos absolutos não é tomada na Alemanha, e não deve ser no Brasil. Além de casos gritantes de proteção individual, pode haver, no outro prato da balança, o peso do interesse público a ser preservado e protegido."

A Exclusionary Rule (princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente), como se vê, nem mesmo na jurisprudência norte-americana tem encontrado unanimidade. No aludido julgamento (Habeas Corpus nº 3.982/RJ), rico em colocações inspiradas, o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON, vogal, ao fazer declaração de voto, deixou claro que: "Escrever sem o compromisso de julgar é fácil; o difícil é aplicar ao caso concreto a lei. Dizer que o grampo é ilegal em todos os seus aspectos é fácil. A Constituição, a rigor, numa leitura literal do texto, impediria qualquer providência no sentido de colher uma prova desta ordem, até em favor do inocente."

No caso em análise (Habeas Corpus nº 3.982/RJ) estava em jogo prova colhida mediante escuta telefônica realizada em presídio antes do advento da lei regulamentadora da matéria. A ordem, no caso, por unanimidade, foi denegada. Participaram, ainda, do julgamento, os Srs. Ministros ANSELMO SANTIAGO e VICENTE LEAL.

Impõe-se reconhecer a natural dificuldade para os estudiosos do tema em absorver conceitos novos surgidos em função da Constituição Federal de 1988 (há pouco mais de dez anos, portanto!), advindos de outras culturas e de sistemas jurídicos e sociais diversos. Daí o natural cuidado de que se deve revestir o intérprete da norma constitucional, buscando, sem assumir uma posição radical, alcançar a exata medida do preceito nela contido.

Mais do que nunca o exegeta deve ter em mente a lição, por demais repetida, de CARLOS MAXIMILIANO, segundo a qual "dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza à melhor consequência para a coletividade". E conclui: "Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis."

Penso que o conselho do clássico mestre da hermenêutica deve encontrar guarida quando do exame da correta dimensão do preceito constitucional relacionado com as provas ilícitas, sob pena de consagrar-se a lógica do absurdo, transformando a aplicação de uma norma jurídica em si mesma justa e lícita numa verdadeira subversão da ordem legal e, até mesmo, dos valores morais que informam uma sociedade.

Problema delicado, que, certamente, ocorrerá em relação aos adeptos da teoria da proporcionalidade, consiste em saber como proteger o infrator pelo ilícito penal cometido no momento da colheita da prova. Explico-me melhor: há quem preconize, na doutrina, a admissibilidade da prova ilícita obtida com violação da norma de direito material, punindo-se, porém, o infrator. Sabe-se, como já ficou visto, que o réu pode conseguir por meio ilícito prova que venha a demonstrar sua inocência. Poder-se-ia afirmar, então, que o caso comportaria a aplicação da parêmia *male captum bene retentum*. Sobreleva, em tal hipótese, a tutela do direito de liberdade do indivíduo, sacrificando-se outro bem jurídico de menor valia.

Suponha-se, porém, que terceiro, não importa a razão, praticando interceptação telefônica, venha a tomar conhecimento de fato que pode levar à elucidação de crime gravíssimo. Para os adeptos da teoria da proporcionalidade tal prova poderia ser aproveitada, tendo em conta que, entre a violação à privacidade do criminoso e o deslinde de infração penal da maior gravidade (homicídio, roubo, seqüestro, extorsão, tortura, etc.), prevaleceria, sem dúvida, a solução do caso com a conseqüente punição do criminoso.

Pois bem: em hipótese como a formulada acima, o autor da interceptação teria que sofrer punição, fato que tornaria inócua a aplicação, na prática, da teoria da proporcionalidade em tal emergência. Quem se arriscaria a identificar-se entregando à autoridade policial ou ao Ministério Público a gravação obtida de forma ilegal?

A lei não nos dá solução para tal situação. Aliás, nem mesmo o Ministério Público ou a autoridade policial poderiam fazer uso de tal gravação mesmo que ela lhes fosse remetida pelo autor da interceptação valendo-se do anonimato.

Compreende-se, agora, de forma mais nítida, a colocação que procurei dar ao tema no início da exposição, quando salientei que a própria Lei Magna, ao vedar as provas obtidas por meios ilícitos, poderia ter acrescentado a ressalva "na forma da lei", deixando ao legislador ordinário a tarefa de regulamentar a matéria de maneira que pudesse, tanto quanto possível, abranger situações extremamente delicadas em que a sociedade se verá indefesa se o preceito constitucional, tal como está redigido, for recepcionado como um dogma de fé.

Não foi este, como já disse, o caminho que a Constituição Federal de 1988 tomou, ao optar, pelo menos na aparência, por uma posição radical em face

das provas ilícitas, deixando, no meu modo de ver, profundamente desamparada a sociedade, ao propiciar que alguém possa tirar proveito da sua própria torpeza.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ao esboçar uma explicação pela opção feita pela Constituição de 1988, salienta que ela deveu-se, em grande parte, às circunstâncias históricas que a cercaram. É que, segundo afirma, extinguiu-se, recentemente, o regime autoritário "sob o qual eram freqüentes e graves as violações de direitos fundamentais" como ocorria com "a inviolabilidade do domicílio e da correspondência". Por fim, realizando lúcida análise crítica daquele período de nossa História, registra: "É mister reconhecer que, naquele momento histórico, não teria sido fácil conter a reação contra o passado próximo nos lindes de uma prudente moderação".

CONCLUSÃO:

Tratamos durante este estudo, das várias possibilidades de construção e uso de um lastro probante no qual se encontra em sua composição prova ou provas de origem ilícita, e, ao analisarmos e confrontarmos os Princípios Constitucionais, que tanto podem atender a Tese da possibilidade de utilização da desta prova obtida para fundamentar uma condenação, temos que realmente para a garantia do Estado Democrático de Direito, para que possamos ter uma segurança jurídica nas ações do Estado Juiz para com o Cidadão, tenhamos este protegido e ciente de que dentro do ordenamento jurídico ser-lhe garantido o uso da estrita legalidade.

Os termos e garantias esculpidas em nossa Constituição estão presente e permaneceram conseguindo a guarida devida no Judiciário.

A busca do Estado Brasileiro em solucionar os problemas com a criminalidade e a violência, terão de partir da instalação de um Programa Nacional de Combate ao Crime Organizado, donde no uso exclusivo da melhor técnica de investigação e inteligência, se chegue ao patamar de indicar autoria e materialidade dos delitos.

Parte-se do pressuposto que violência e criminalidade, não são a mesma coisa, e possuem formas distintas de combate. Recordo neste momento dois instantes de uma Comarca a qual tive ofício no interior do estado do Ceará, onde dois crimes de homicídio praticados no mesmo dia, tem conotações complementemente distintas, onde o primeiro se dera em Bar por discussão banal, enquanto outro perpetrado a poucos quarteirões representava a marca do crime organizado, numa ação de queima de arquivo.

O primeiro homicídio, poder-se-ia até evitar ou solucionar com a simples ação Policial, más o segundo, somente com uso de atividade de inteligência, técnica investigatória, formando-se forças tarefas para seu combate.

A utilização da prova ilícita para combater a crescente criminalidade não é necessária, para aferir-se boa técnica não se faz útil o uso, pois estaria dando ao aparelho estatal condições de suprimir do cidadão o seu direito de defesa, como também de ter contra si uma acusação responsável.

O combate ao crime organizado que difere frontalmente da criminalidade comum, se faz com o aparelhamento estatal funcionando a contento, aplicando-se rigidamente o arcabouço jurídico que possuímos.

A prova ilícita em sua origem, se faz desnecessária pois possuímos condição dentro da legislação pátria de requisitar a autoridade judiciária competente a quebras dos sigilos bancário, fiscal, correspondências e telefônico, além de todos os documentos e arquivos guardados em meio magnéticos.

Autoriza a Legislação Pátria, a infiltração de agentes, recrutamento e demais técnicas de inteligência no decurso das investigações, o que, com a autorização judicial, se tornaram provas lícitas e portanto plenamente utilizáveis no Processo Penal.

Desta Forma, concluímos que a utilização da prova ilícita no processo penal, é incabível, e inaceitável. O Estado possui formas de produzir legalmente todas as provas necessárias para estribar a condenação de qualquer cidadão que venha a infringir a Lei.

Seria extremamente arriscado permitir-se em nosso estado democrático de direito a permissiva da utilização de provas de origem ilícita para condenar um de seus membros, simplesmente pela vil possibilidade de manipulação das provas,

que nos fazem lembrar o período de exceção, extinto neste País a menos de duas décadas.

Cabe ao Estado Brasileiro se aparelhar suficientemente para combater a criminalidade e a violência, não se admitindo a minoração destes índices através de opressão social ou renúncias aos Direitos estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

É chegado o momento, portanto, de buscar-se um meio-termo.

Destaquei, porém, ao longo da exposição, que a sociedade, igualmente, se faz merecedora de proteção, tanto quanto o indivíduo; nessa ordem de idéias, a interpretação da norma constitucional modelada no art. 5º, LVI, merece ser feita não somente em função do texto em que ela figura mas em razão do contexto em que se encontra inserida; pensar em contrário será consagrar uma modalidade de individualismo absoluto em detrimento do bem comum; a mesma Constituição que veda a produção de provas obtidas por meios ilícitos, ampara, da mesma forma, e no mesmo dispositivo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, caput), que, eventualmente, terão que ser postos em confronto com a regra do art. 5º, LVI, para que se possa saber, diante do caso concreto, qual bem jurídico sobreleva.

A doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a prova ilícita pro reo em função do princípio do favor rei. É, não há negar, caso típico de interpretação da norma do art. 5º, LVI da Constituição Federal em função do contexto e não do texto, pois, segundo este, visto insuladamente, haveria completa vedação quanto à produção da prova ilícita. No entanto, abre-se, com inteiro acerto, exceção, em defesa da liberdade individual, tutelada como bem maior no caput do mesmo art. 5º; os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são aqueles em que, quando em confronto bens jurídicos diversos, sacrifica-se um deles em favor do outro, considerado de maior relevância, uma vez que as vantagens que a

providência trará superam, de longe, as desvantagens advindas da violação da norma protetora de um valor, considerado, nas circunstâncias, como menor;

Muito embora a Carta Política de 1988 não tenha feito expressa menção ao princípio da razoabilidade, ele integra, de modo implícito, o sistema que ela adota; a teoria da proporcionalidade – como é comumente conhecida no campo penal – nada mais é que um desdobramento natural do princípio da razoabilidade, designação mais comum, encontrada em outros ramos do Direito; são de pouca monta as objeções levantadas contra a teoria da proporcionalidade no sentido de que, pondo em mão do juiz a decisão a respeito de qual bem jurídico deva prevalecer, criar-se-ia uma justiça do caso concreto, enfeixando nas mãos do magistrado um poder absoluto, e tais reparos são, facilmente, respondíveis. Vejamos:

I – somente em casos de excepcional gravidade é que se daria a aplicação da teoria da proporcionalidade, ficando a cargo do juiz efetivar um juízo de prelibação a respeito da adoção ou não da providência em face do caso concreto;

II – tal juízo de admissibilidade da prova ilícita exigiria minuciosa fundamentação, justamente por excepcionar a regra do art. 5º, LVI da Constituição Federal, cumprindo-se, à exaustão, o art. 93, IX da Lei Maior, que determina sejam todas as manifestações jurisdicionais fundamentadas;

III – a decisão em tela poderia sofrer combate através de recurso, criando-se, a partir de então, uma jurisprudência que viria a servir como norte para casos futuros;

IV – a prova ilícita, em qualquer caso, deverá ser evitada, desde que a verdade dos fatos possa emergir por outros meios.

Em consequência do exposto, não vislumbro razão plausível para que não se adote, igualmente, a teoria da proporcionalidade pro societate; a exclusionary rule (princípio da exclusão do processo de prova obtida ilicitamente) não é tomada em termos absolutos nem mesmo nos Estados Unidos, onde incoorre unanimidade a respeito da sua adoção; os direitos e garantias

assegurados na Constituição Federal não podem revestir sentido absoluto, diante do princípio da convivência das liberdades, impondo-se, por tal motivo, uma interpretação harmônica dos bens jurídicos em contraste. É caso da aplicação do brocardo segundo o qual "meu direito termina onde começa o do próximo"; a Constituição Federal protege o direito; não o abuso de direito; a Lei Maior, como de resto qualquer lei, deve apresentar um caráter eminentemente ético, não podendo servir de instrumento para proteger toda a sorte de abusos praticados por marginais da pior espécie, em nome da defesa dos direitos e garantias individuais de ... criminosos;

É força reconhecer que o problema das provas ilícitas dificilmente encontrará uma solução tranqüila, situando-se, sem sombra de dúvida, entre os temas mais difíceis do processo a busca de uma solução satisfatória que venha agradar a gregos e troianos, a opção que se faz, no presente estudo, aqui examinado o tema no campo do processo penal, soa-me como a mais civilizada em razão do interesse público que, no meu pensar, deve sobrelevar sobre o individualismo exacerbado e injusto que fere o bem comum. Assim pensando, haverá, sem dúvida, um importante papel a ser desempenhado pela jurisprudência na tentativa de encontrar um possível equilíbrio entre os valores contrapostos. Como advertem ARNOLDO WALD e RODRIGO GARCIA DA FONSECA em relação à aplicação do instituto do habeas data, aqui também impõe-se "que haja coragem e moderação, de modo a não se restringir, e tampouco se ampliar exageradamente" o cabimento e a aplicação da teoria da proporcionalidade diante dos casos concretos.

Não se pode esquecer, repita-se até a náusea, que a Constituição Federal tem seus preceitos agrupados em um sistema e que suas normas compõem um conjunto harmônico e racional, qual um organismo vivo, onde não há lugar para, em ofensa aos princípios gerais que ela consagra, o império da lógica do absurdo;

Com a adoção da teoria da proporcionalidade, segundo penso, estaremos seguindo o ensinamento de ALEXANDER HAMILTON segundo o qual o objetivo de uma Constituição consiste em "combines the energy of government with security of private rights". A adoção da Teoria da Proporcionalidade é a que, sem contestação, melhor atende ao equilíbrio de valores preconizados por um dos pais da Federação Americana;

Em conclusão, pode-se afirmar que o Direito, todo ele, resulta de uma construção filosófica que encontra sua validade na medida em que realiza os valores transcendentais de justiça e, no momento em que deles se afasta para consagrar a impunidade geral.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFIA

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2a ed. Saraiva, São Paulo, 1998
- A Constituição e a efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 3a ed. atual, Renovar, Rio de Janeiro, 1996
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7a ed. Unb, Brasília, 1996
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7a ed. Malheiros, São Paulo, 1998
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Sérgio Antônio Fabris Editor, Brasília, 1996
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. Ed. RT, São Paulo, 1980
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3a ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5a ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Celso Bastos Editor, São Paulo, 1999
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. Malheiros, São Paulo, 1992.
- CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*. São Paulo: Saraiva.2000, p.80.
- _____. Id., ib., p.104.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva.1998, 3v. p.836.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas. 1999, p.262.

Direito à prova no processo penal. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.1997, p.13.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 23.ed. São Paulo: Saraiva. 1999, v. I, p.3.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Constituição Federal*. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p.2-5.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 9ed. São Paulo: Malheiros. p.34.

MOTA, Myriam Becho. *História das cavernas ao terceiro milênio*. 1ed. São Paulo: Moderna.1997, p.566.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*.17.ed. São Paulo: Saraiva. 1990, p.65.

ROSA, Antônio José Feu. *Processo penal*. Consulex. p.25.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*.18ed. São Paulo: Malheiros. p.123.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas:*

Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FREGADOLLI, Luciana. *O Direito à Intimidade e a Prova Ilícita*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. *Prova Ilícita no Direito Pátrio e no Direito*

Comparado. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal

e Territórios, n.º 06, págs. 231-325, jul./dez.1995.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de*

1988 em *Os 10 Anos da Constituição Federal: Temas Diversos*, por Alexandre de Moraes

(coordenador). São Paulo: Atlas, págs. 249-266, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal: as Interceptações Telefônicas*. 2.ª ed., atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

Provas Ilícitas. Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n.º 16, págs. 97-108, jun./1980. *As Provas Ilícitas na Constituição em O Processo em Evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. FERNANDES, Antônio

Scarance; GOMES FILHO, Antônio

Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 2.ª ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 4.ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas,

1998, pág. 111.

Liberdades Públicas e Processo Penal: as Interceptações Telefônicas, pág. 113.

ANEXO:

ANEXO
(JURISPRUDÊNCIA)

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PROVA – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – AUTORIZAÇÃO JUDICIAL ANTES DA LEI Nº 9.296/96 – CONDENAÇÃO COM BASE EM OUTRAS PROVAS – NULIDADE – AUSÊNCIA – A jurisprudência desta Corte tem se manifestado no sentido de que a interceptação telefônica, autorizada judicialmente ou não, realizada anteriormente à Lei nº 9296/96, não acarreta a nulidade da condenação, quando esta se baseia em outras provas coligidas no curso da instrução criminal, seja, quando a prova ilícita não serviu de elemento de convicção decisivo para a condenação. - Se o Tribunal a quo, com olhos no conjunto fático-probatório delineado nos autos, concluiu que a interceptação telefônica não foi a prova decisiva para a condenação, é incabível, na via estreita do habeas-corpus, reformular tal entendimento, vez que ensejaria demasiado exame do processo. - Habeas-corpus denegado. (STJ – HC 23432 – SP – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 28.04.2003)

HABEAS CORPUS – OPERAÇÃO SUCURI. CRIME ORGANIZADO – PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTAÇÃO – PRESSUPOSTOS – ARTIGO 312 DO CPP – INDÍCIOS DE AUTORIA – NOTA DE CULPA – ENTREGA EM PRAZO SUPERIOR AO PREVISTO NO ART. 306 DO CPP – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE – INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS – POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS, DESDE QUE

FUNDAMENTADAS (ART. 5º DA LEI Nº 9.296/96) – ORDEM PÚBLICA – OFENSA CARACTERIZADA – POLICIAL FEDERAL – PARTICIPAÇÃO EFETIVA – IMPACTO SOCIAL – RELEVÂNCIA – LIBERDADE PROVISÓRIA – CONCESSÃO INVIÁVEL – ART. 7º DA LEI Nº 9.034/95 – ORDEM DENEGADA – 1. Não há como se anular o flagrante ao fundamento de ter sido a nota de culpa fornecida ao Paciente fora do prazo previsto no art. 306 do CPP, uma vez que sua inobservância implica mera irregularidade, suprível com a decretação da prisão preventiva, bem como pela oferta da denúncia. 2. O art. 5º da Lei nº 9.296/96 ("a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova") não estabelece limite máximo de dias para que se realize a interceptação telefônica, podendo tal prazo ser renovado por diversas vezes desde que justificado, sob pena de restarem frustradas as averiguações de crimes que exijam minuciosa e detida análise. 3. A garantia da ordem pública consubstancia-se não somente em evitar novos crimes. Leva em conta, também, o grande impacto social causado pelo delito. Avulta-se no caso, ainda, a necessidade da medida coercitiva porquanto o Paciente, incumbido justamente de evitar e reprimir a prática de crimes - visto ser agente da polícia federal - resolveu do cargo tirar proveito, trazendo graves conseqüências ao meio social e à credibilidade da justiça, bem como à relação de confiança entre os cidadãos e o poder público. Precedentes. 4. Nos termos do artigo 312, in fine, do Código de Processo Penal, basta a existência de um mínimo de elementos indicativos do autor do delito, sendo desnecessária a mesma certeza exigida para a prolação do Decreto condenatório. 5. Havendo indícios veementes de que o acusado, mediante recebimento de vantagem ilícita, omitiu-se no dever funcional de impedir a importação clandestina de mercadorias que ocorria na fronteira de forma organizada, incide a regra do art. 7º da Lei nº 9.034/95 vedando expressamente a concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, "aos agentes que tenham tido intensa e efetiva

participação na organização criminosa". Narrando a decisão hostilizada que "todos os denunciados associaram-se em quadrilha ou bando para cometerem crimes, com a utilização de armas" mostra-se justificado aplicar-se referido diploma, o que não implica a atribuição de ilícito ao Paciente porquanto do próprio enunciado da referida Lei é possível depreender que a mesma dispõe apenas "sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão e ações praticadas por organizações criminosas". Prevalece, in casu, o interesse público em desmantelar tais grupos. 7. Ordem denegada. (TRF 4ª R. – HC 2003.04.01.012306-5 – 8ª T. – Rel. Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro – DOU 14.05.2003 – p. 1118)JCPP.312 JCPP.306

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE FURTO – INTERROGATÓRIO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL POR INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – ADVERTÊNCIA CONTIDA NO ART. 186 DO CPP – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – BUSCA E APREENSÃO – AUSÊNCIA DE FORMALISMO – ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA – NULIDADES REJEITADAS – FURTO – ARREPENDIMENTO POSTERIOR – PRETENDIDA DIMINUIÇÃO DA PENA ANTE A DEVOLUÇÃO DOS OBJETOS FURTADOS – AUSÊNCIA DE ATO VOLUNTÁRIO – INAPLICABILIDADE – SENTENÇA CONDENATÓRIA – OMISSÃO DO REGIME PRISIONAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – A advertência contida no artigo 186 do Código de Processo Penal, feita no interrogatório do acusado, não torna nulo o processo, quando não provado nenhum prejuízo para a defesa. – A busca e apreensão realizada sem o formalismo do artigo 245, parágrafo 7º, do Código de Processo Penal não torna nulo o processo, quando esta prova não é a única sustentação da condenação, mormente quando houve a confissão da autora em todas as fases judiciais e as demais provas confirmam a apreensão da res furtiva. – Não se configura o arrependimento voluntário quando a apresentação dos objetos subtraídos ocorreu por ato involuntário do acusado, após a sua identificação pela polícia. – A omissão da fixação do regime inicial de cumprimento da

pena não enseja nulidade da sentença, mas pode haver a correção no juízo ad quem. – Provimento parcial. (TJMS – ACr 2002.010141–9/0000–00 – 2ª T.Crim. – Rel. Des. Carlos Stephanini – J. 19.03.2003)JCPP.186 JCPP.245 JCPP.245.7

CRIMINAL – RMS – BUSCA E APREENSÃO – PROVA ILÍCITA – ILEGALIDADE NÃO-DEMONSTRADA DE PRONTO – IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO – LEGALIDADE DA DECISÃO – FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO – O mandado de segurança constitui-se em meio impróprio para a análise de questões que exijam o reexame do conjunto fático-probatório – como as alegações de que a decisão que determinou a busca e apreensão na residência de no escritório do recorrente estaria fundamentada exclusivamente em prova ilícita, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade. A busca e apreensão, como meio de prova admitido pelo Código de Processo Penal, deverá ser procedida quando houverem fundadas razões autorizadoras a, dentre outros, colher qualquer elemento hábil a formar a convicção do Julgador. Não há qualquer ilegalidade na decisão que determinou a busca e apreensão na residência de no escritório do recorrente, se esta foi proferida em observância ao Princípio do Livre Convencimento Motivado, visando a assegurar a convicção por meio da livre apreciação da prova. Não obstante ser cabível a utilização de mandado de segurança na esfera criminal, deve ser observada a presença dos seus requisitos constitucionais autorizadores. Ausente o direito líquido e certo, torna-se descabida a via eleita. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. (STJ – ROMS 7691 – DF – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 03.06.2002)

PENAL E PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS – ESTELIONATO – PATROCÍNIO INFIEL – DENUNCIÇÃO CALUNIOSA – QUADRILHA – MINISTÉRIO PÚBLICO – INVESTIGAÇÃO – DENÚNCIA – INÉPCIA – PROVAS

ILÍCITAS – NULIDADE – I – A prática diretamente de atos investigatórios isolados por membro do Ministério Público, tais como a oitiva de testemunhas ou pedido de interceptação telefônica ao juízo, não gera, por si só, nulidade da ação penal. II – Se a exordial acusatória apresenta narrativa que se ajusta ao modelo típico de conduta proibida, não há como reconhecê-la como inepta. III – Conquanto não se admitam, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, assim como as delas derivadas, não se tem como nulo o processo se não restou caracterizado um nexo de desdobramento entre a prova ilícita e o oferecimento da denúncia, mormente se há outros elementos probatórios, obtidos licitamente, que podem, em tese, dar sustentação ao decreto condenatório. Recurso desprovido. (STJ – RHC 10974 – SP – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 18.03.2002)

HABEAS CORPUS – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, INC. XII – PROVA, ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – 1. O direito da Receita Federal obter informações sobre dados de empresas constantes em provedores da internet é atividade elementar da fiscalização e se fundamenta no art. 197 do Código Tributário Nacional, inexistindo, no caso, ofensa ao art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal que limita a reserva judicial às hipóteses de interceptação telefônica. 2. A alegação de ser ilícita a prova obtida através de informações de dados fornecidos por provedores da internet não pode ser aceita na via estreita do habeas corpus se não estiver comprovado por documento que as indagações da Receita Federal foram respondidas e influenciaram na apuração dos fatos. (TRF 4ª R. – HC 2002.04.01.032427-3 – PR – 7ª T. – Rel. Des. Fed. Vladimir Freitas – DJU 02.10.2002)JCF.5 JCF.5.XII JCPP.156 JCTN.197

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO PENAL MILITAR – Decisão que indeferiu pedido da defesa, para desentranhamento de fita cassete e sua respectiva gravação. Alegação de que a prova foi obtida de forma ilícita, mediante escuta e gravação clandestinas. Contaminação das demais

provas dela decorrentes, inclusive o recebimento da denúncia. Invocação do princípio de que não se aproveitam os frutos da árvore envenenada. Alegada afronta a princípios constitucionais recurso que não comporta conhecimento por impossibilidade de aferição da tempestividade recursal e descabimento da via manejada, por não ser a hipótese contemplada por nenhum dos incisos do artigo 516, do Código de Processo Penal militar ou seu correspondente Código de Processo Penal. Impossibilidade de conhecimento do pedido, na espécie factual, como habeas corpus. Carência de elementos de convicção para determinação da legalidade ou ilegalidade da prova produzida. Recurso não conhecido. (TJPR – RecSenEst 0120675-5 – (14214) – Curitiba – 1ª C.Crim. – Rel. Des. Clotário Portugal Neto – DJPR 13.05.2002)

CONSTITUCIONAL – PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRISÃO EM FLAGRANTE – LIBERDADE PROVISÓRIA – NULIDADE DO FLAGRANTE – PROVA ILÍCITA – AUSÊNCIA DE FORMALIDADE ESSENCIAL – INDEFERIMENTO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – SEGREGAÇÃO MANTIDA – CAPITULAÇÃO DIVERSA DA DENÚNCIA – PRINCÍPIO DA MUTATIO LIBELLI – EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL NÃO DEBITADO À DEFESA – AUTORIDADE JUDICIÁRIA COATORA – INFORMAÇÕES – FALTA DE MANIFESTAÇÃO A RESPEITO – OMISSÃO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – HABEAS CORPUS DEFERIDO – 1. Incorre nulidade no flagrante uma vez que, obedecido regramento processual aplicável à espécie, e, ratificada a medida segregatória pela autoridade judiciária indicada coatora, resultando incontroversas a autoria e a materialidade do delito. 2. Do mesmo modo, uma vez motivada a segregação provisória dos pacientes, persistiria a necessidade da custódia, eis que os elementos informativos conduzem à configuração dos pressupostos objetivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, extensivos ao flagrante. 3. Outrossim, o princípio da mutatio libelli não deve ser adotado de modo absoluto, eis que o julgador pode

considerar na capitulação do delito outros dispositivos penais não especificados na denúncia. 4. Não obstante, sobreleva a ocorrência de excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, ensejando constrangimento ilegal aos pacientes, eis que decorridos mais de 147 (cento e quarenta e sete) dias da segregação, não se reportando a autoridade coatora, nas informações, a tal circunstância, e, silenciando a respeito apesar de instada a completá-las. 5. habeas corpus conhecido e deferido. (TJAC – HC 02.000885-6 – (1.980) – C.Crim. – Rel^a Des^a Eva Evangelista – J. 21.06.2002)JCPP.312

HABEAS CORPUS – 2. Notitia criminis originária de representação formulada por Deputado Federal com base em gravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados na representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. 6. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita. (STF – HC 80948 – ES – 2ª T. – Rel. Min. Néri da Silveira – DJU 19.12.2001 – p. 00004)JCF.5 JCF.5.LVI.

HABEAS CORPUS: CABIMENTO: PROVA ILÍCITA – 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua

inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C. PR. Pen., art. 6º, V), se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* –, erigido em garantia fundamental pela Constituição. Além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C. PR. Pen. – importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores – cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito – mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro

só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina – ainda quando livre o seu assentimento nela – em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido. (STF – HC 80949 – RJ – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 14.12.2001 – p. 00026)JCF.5 JCF.5.LVI

PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA – INIMPUTABILIDADE – RECURSO – NOVO LAUDO – PROVA EMPRESTADA – PRONÚNCIA – NULIDADE – Absolvido o réu por ser considerado inimputável, a modificação desta sentença em grau de recurso deve fundar-se em prova lícita, demonstrativa de sua higidez mental. Laudo pericial realizado em outro processo e anexado por cópia na fase recursal constitui prova emprestada, qualificada como prova ilícita, porque produzida com inobservância dos princípios do contraditório e do devido processo legal, não se prestando para embasar sentença de pronúncia. Habeas corpus concedido. (STJ – HC – 14216 – RS – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 12.11.2001 – p. 00174)

CRIMINAL – RHC – PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA DA CUSTÓDIA – RÉU FORAGIDO – GARANTIA À APLICAÇÃO DA LEI PENAL – PROVA ILÍCITA – COAÇÃO – AUSÊNCIA MOTIVADA – INOCÊNCIA – IMPROPRIEDADE DO HABEAS CORPUS – RECURSO DESPROVIDO – NÃO É ILEGAL A PRISÃO CAUTELAR DECORRENTE DE DECRETO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO NOS TERMOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE – A evasão do réu pode ser suficiente para motivar a segregação provisória a fim de garantir a aplicação da Lei penal. Precedente. O habeas corpus constitui-se em meio impróprio para o exame de alegações que, não-demonstradas de pronto, reclamariam inconcebível exame do conjunto fático-probatório, como as aduzidas prova ilícita, coação, ausência motivada do distrito da culpa e inocência do réu. Recurso desprovido. (STJ – RHC 11163 – MG – 5ª T. – Rel. Min. Gilson Dipp – DJU 27.08.2001 – p. 00353)JCPP.312

PROCESSUAL PENAL – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – AÇÃO PENAL – LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO – ATO PRESCINDÍVEL – PROVA EMPRESTADA – FASE INQUISITORIAL – Em sede de crimes contra a ordem tributária, a existência de lançamento tributário definitivo não é condição de procedibilidade da ação penal, podendo o Ministério Público utilizar outros elementos informativos da ocorrência do delito para oferecer a denúncia. – A prova emprestada, que é a realizada com inobservância dos princípios do contraditório e do devido processo legal, e por isso é qualificada como prova ilícita, não se presta para embasar sentença penal condenatória. Como tal não deve ser considerado o conjunto de informações contidas no bojo de inquérito policial ou de procedimento administrativos, que consubstanciam meros elementos que servem de base ao oferecimento da denúncia. – Habeas-corpus denegado. (STJ – HC 14274 – PR – 6ª T. – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 04.06.2001 – p. 00256)

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – PROCESSO DISCIPLINAR – PRESCRIÇÃO – NULIDADES – INOCORRÊNCIA – PERÍODO ELEITORAL – INCOMPETÊNCIA – PROVA ILÍCITA – CERCEAMENTO DE DEFESA – I – Inocorrência de prescrição, tendo em vista que, em se tratando de infrações disciplinares também capituladas como crimes, o prazo a ser observado é aquele previsto na legislação penal, na forma do art. 142, § 2º, da Lei 8.112/90. In casu, o lapso temporal não foi extrapolado no curso do processo. II – A vedação contida na legislação eleitoral quanto à demissão de servidores públicos em época de eleições não abrange a hipótese em exame. III – Não há nulidade na demissão da impetrante por incompetência da autoridade impetrada, tendo em vista que o ato fora praticado por força de delegação expressa do Presidente da República, contida no Decreto 3.035/99. IV – Impossibilidade de se reconhecer a violação ao direito da impetrante, em face da ausência de provas, por não ter demonstrado, de plano, a violação ao seu direito, no que tange à questão referente à origem ilícita das provas obtidas pela Comissão. V – O indeferimento de pedido de produção de perícia, por si só, não se caracteriza como cerceamento de defesa, principalmente se a parte faz solicitação aleatória, desprovida de qualquer esclarecimento. Segurança denegada. (STJ – MS 7275 – DF – 3ª S. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 23.04.2001 – p. 00117)JRJU.142 JRJU.142.2

PROCESSO PENAL – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – SONEGAÇÃO FISCAL – INÉPCIA DA DENÚNCIA – INOCORRÊNCIA – ALEGAÇÕES QUE ENSEJAM O PROFUNDO EXAME DE PROVAS – Preliminarmente, no tocante ao requerimento formulado pelo recorrente, para que seja determinada a extração de cópias da ação penal e seu apensamento aos presentes autos, cumpre registrar que tal medida é desnecessária, em razão de já existirem os documentos necessários ao exame do pedido. O processo, aliás, encontra-se amplamente instruído, totalizando treze volumes. A

pretensão do recorrente, nesse aspecto, é apenas reforçar o conjunto probatório que, em última análise, é inviável de apreciação pela via escolhida. – Outrossim, no que tange à alegação de que os autos de infração (nºs 10980.005096/97-84 e 10980.00481/97-39) foram declarados nulos pelo Conselho de Contribuintes, o recurso, igualmente, improcede. Com efeito, o v. acórdão deixa claro que, segundo informações colhidas junto à MM. Juíza Federal, a decisão que anulou os autos de infração supramencionados, foi reformada pela Câmara Recursal do Conselho de Contribuintes. – Com relação à inépcia da denúncia, porque amparada em prova obtida por meio ilícito, consistente na quebra de sigilo fiscal sem autorização judicial, o recurso não assiste melhor sorte. Para avaliar se houve ou não a quebra ilícita de sigilo fiscal, necessariamente há que se examinar todos os autos de infração, portarias administrativas, votos do Conselho de Contribuintes e demais documentos do processo, o que é inviável pela via estreita escolhida. – Por fim, no que concerne à fixação de tributos em valores demasiadamente elevados com o objetivo de impossibilitar ao recorrente o seu pagamento, verifico que a via eleita não é a adequada para análise de tal questão, devendo ser levantada através de outro instrumento processual ou administrativo. – Recurso desprovido. (STJ – RHC 9917 – PR – 5ª T. – Rel. Min. Jorge Scartezini – DJU 12.03.2001 – p. 00153)

CONSTITUCIONAL – PENAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – PRISÃO PREVENTIVA – LEI Nº 7.492/86 – EVASÃO DE DIVISAS – AUSÊNCIA DE REQUISITOS – PROVA - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - LEGALIDADE – Se a autoridade judiciária apontada coatora observou as disposições de lei para a quebra da garantia constitucional do sigilo das comunicações antes de autorizar o monitoramento efetuado nos terminais telefônicos, não há falar em prova ilícita ou inadmissível. A prisão preventiva é medida extrema, que só deve ser aplicada nos estritos termos da necessidade. A sua decretação, ainda que por crime previsto na Lei nº 7.492/86, pressupõe a instauração de

procedimento adequado, não se compadecendo com mera suspeita ou apuração sigilosa. Sanções atípicas como a prisão preventiva conquanto não hajam sido de todo afastadas pelo princípio da inocência, devem ser utilizadas com parcimônia, e não de forma indiscriminada. O status libertatis representa conquista histórica, consubstanciada naqueles direitos fundamentais do ser humano, não se podendo punir o inculpaado antes de ser reconhecida, eficazmente, sua culpa, com plena observância ao devido processo legal constitucionalmente assegurado. Não restando configurados os requisitos do artigo 312 do CPP capazes neste momento de autorizar a custódia preventiva dos pacientes, impõe-se a sua revogação. Liminar mantida. Necessidade de autorização para deslocamento ao exterior. Ordem de habeas corpus concedida. Unânime. (TRF 2ª R. – HC 2000.02.01.038100-0 – RJ – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Sergio Feltrin Correa – DJU 29.03.2001)JCPP.312

PENAL – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90) – PRELIMINAR RELATIVA À INÉPCIA DA DENÚNCIA RECHAÇADA – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA RECEITA FEDERAL – Ausência de autorização judicial. Prova ilícita. Lei nº 8.021/90. Inaplicabilidade. Materialidade delitiva não comprovada. Absolvição. Art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. Recurso da defesa provido. Preliminar acolhida. Sentença reformada. (TRF 3ª R. – ACr 7496 – SP – 5ª T. – Relª Desª Fed. Ramza Tartuce – J. 11.09.2001)JCPP.386 JCPP.386.VI

FALSIDADE MATERIAL E IDEOLÓGICA – FORMAÇÃO DE QUADRILHA – NULIDADE DO INQUÉRITO – I – O fato da abertura de dois inquéritos policiais para apuração dos mesmos fatos pode, no máximo, constituir irregularidade, que se restringe à esfera administrativa. Eventuais vícios ocorridos na fase investigatória, não têm, só por si, o condão de invalidar o processo judicial, podendo, em tese e a depender da hipótese, macular o próprio inquérito policial, eventual decreto de prisão cautelar, ou

acoimar de ilícita alguma prova do processo, a atingir, apenas, esses atos específicos, jamais todo o processo. II – Durante as investigações realizadas pela Receita Federal e pela Polícia, foram apreendidas notas fiscais fabricadas irregularmente, como se verdadeiras fossem, por gráfica não credenciada junto ao órgão fazendário responsável. Para a emissão de nota fiscal é necessária autorização do Poder Público para que a gráfica realize a impressão específica de determinado lote, com posterior registro das notas fiscais em outro órgão fazendário. III – Falsifica ideologicamente um documento o agente que omite declaração que deveria constar, insere ou faz inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita em documento materialmente autêntico, verdadeiro. Não há, nos autos, demonstração de que os acusados tenham, em algum momento, praticado uma das ações escritas acima em nota fiscal verdadeira, não se podendo fazer alusão à prática do crime do art. 299 do Código Penal. Considerando-se que o art. 299 do Estatuto Repressivo exige a existência de documento materialmente autêntico para a configuração do delito e que, in casu, há inserção de declaração falsa em documento falso, o delito de falsidade ideológica simplesmente não ocorreu pela não subsunção do fato à norma, não sendo possível imputar aos acusados a prática desse crime. IV – Por aplicação do princípio da consunção, não se há de condenar os agentes pela prática do crime de uso de documento falso, pois, demonstrada a prática da falsidade material, o uso se consubstancia em post factum impunível. V – O crime de quadrilha ou bando exige para sua configuração que o co-autor se associe a, pelo menos, mais três agentes. Comprovada a prática reiterada das falsificações, valendo-se a quadrilha das mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, de se considerar os vários crimes como praticados em continuidade delitiva. VI – Recursos parcialmente providos. (TRF 3ª R. – ACr 97.03.089698-7 – SP – 2ª T. – Relª Conv. Juíza Fed. Vera Lucia Jucovsky – DJU 05.06.2001 – p. 377)JCP.299

CONSTITUCIONAL – Processo penal. Trancamento de ação penal. Prova ilícita. Quebra extrajudicial de sigilo fiscal. Coexistência de prova lícita.

Ausência de inépcia da denúncia. (TRF 5ª R. – HC 1.221 – PE – 4ª T. – Rel. Des. Fed. José Baptista de Almeida Filho – J. 06.02.2001)

PENAL E PROCESSO PENAL – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRELIMINARES: 1 – AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DO CADÁVER – Já existe nos autos provas mais que suficiente do óbito de A.F.C. De M. Independentemente da identificação dos despojos periciados. 2. A nulidade pretendida espelha-se em resíduos do superado sistema de prova legal, posto que, modernamente, todas as provas são uniformemente avaliadas, inexistindo, entre elas, qualquer hierarquia, pois o que se persegue é a verdade real. 3. Ausência de prova da existência de crime doloso contra a vida. Inadmissível conceber que três jovens se suicidaram empregando asfixia mecânica, no mesmo local e utilizando-se dos mesmos métodos, o que descarta a ocorrência de homicídio culposo. 4. Impossível que uma pessoa após se matar oculte o seu próprio cadáver. 5. Nulidade da pronúncia por falta de respostas às preliminares argüidas nas alegações. A simples análise comparativa entre as alegações finais e a pronúncia revela que todas as questões suscitadas foram enfrentadas e decididas. O Magistrado sentenciante apresentou razões que o conduziram a decidir pela pronúncia do réu, e o fez com perfeita consonância com a conclusão final. Mesmo nos casos de ausência de resposta específica para cada tese, incorre nulidade se o julgamento se apresenta inconciliável com a mesma. 6. Não desentranhamento da confissão do acusado. Se a prova questionada foi tida como lícita, não há porque desentranhá-la. A confissão policial sem a presença de defensor técnico, não é tida como prova ilícita. 7. Desdobramento do inquérito. O Ministério Público pode até dispensá-lo para o embasamento da denúncia, quando disponha de elementos suficientes à perseguição criminal. Qualquer tipo de autos, papéis, cópias de documentos, etc, recebidos pelo parquet, lhe permitem oferecer a denúncia se os elementos que lhe chegaram às mãos forem suficientes para respaldá-la. 8. Inépcia da denúncia. Ela oferece, sem sombra de dúvidas e com margem positiva, o necessário para a propositura da

ação penal, tendo em vista que se apresenta lastreada em elementos que evidenciam a viabilidade da acusação. Até mesmo a ausência do exame pericial, nos crimes que deixam vestígios, não impede o recebimento da denúncia e não prejudica o curso da ação penal. Se foram periciados três corpos encontrados na localidade em que os cadáveres foram ocultados, um deles pertence a A.F.C. De M.. À unanimidade, foram rejeitadas todas as preliminares argüidas. (TJPE – RSE 72155-9 – Rel. Des. Aquino Reis – DJPE 30.10.2001 – p. 204)

HABEAS CORPUS – CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR – ÚNICO) – CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES) – VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO – 1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável. exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes. a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas. 2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos. 3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a

instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. Habeas corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5. (STF – HC 72588 – TP – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 04.08.2000 – p. 3)JCP.357 JCP.357.PUN JCF.5 JCF.5.XII JCF.5.LVI

PENAL – PROCESSO PENAL – CRIME DE EXTORSÃO NA SUA FORMA TENTADA – REQUISITOS À TIPIFICAÇÃO AUSENTES – Inaceitação de prova não autorizada (ilícita). Para caracterização do delito de extorsão é indispensável, antes de tudo, a comprovação cabal do constrangimento a que a vítima foi submetida. Provas ilícitas e ilegais, oriundas de gravação forjadas por terceiros, sem legitimidade para exercer o munus investigatório, não podem fundamentar veredicto condenatório, por crime de extorsão, principalmente quando a prova testemunhal não é suficiente para firmar o convencimento do juízo sobre a existência dos seus elementos. Também incoorre sequer a hipótese de tentativa, posto que jamais se configurou o início da execução de um crime que não tenha se consumado por circunstâncias alheias à vontade dos agentes. Provimento do recurso a fim de que os acusados sejam absolvidos. Decisão unânime. (TJCE – APen 1998.01974-1 – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Francisco Gilson Viana Martins – DJCE 07.04.2000)

HABEAS CORPUS: ADMISSIBILIDADE: DECISÃO JUDICIAL QUE, NO CURSO DO INQUÉRITO POLICIAL, AUTORIZA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO – 1. Se se trata de processo penal ou mesmo de inquérito policial, a jurisprudência do STF admite o habeas corpus, dado que de um ou outro possa advir condenação a pena privativa de liberdade, ainda que não iminente, cuja aplicação poderia vir a ser viciada pela ilegalidade contra o

qual se volta a impetração da ordem. Nessa linha, não é de recusar a idoneidade do habeas corpus, seja contra o indeferimento de prova de interesse do réu ou indiciado, seja, o deferimento de prova ilícita ou o deferimento inválido de prova lícita: nessa última hipótese, enquadra-se o pedido de habeas corpus contra a decisão – alegadamente não fundamentada ou carente de justa causa – que autoriza a quebra do sigilo bancário do paciente. 2. Habeas corpus: decisão equivocada do relator declaratória da incompetência do Tribunal, não gerando preclusão no processo de habeas corpus, pode nele ser retificada de ofício. (STF – HC 79191 – 1ª T. – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 08.10.1999 – p. 39)

HABEAS CORPUS – PEDIDO DE EXTENSÃO – CONDENAÇÃO EM PROCESSO NULO, FUNDADO EM PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 580 – Impõe-se a extensão de Habeas Corpus, para anular-se o processo criminal, se a decisão se baseou em prova ilícita, a afastar qualquer caráter pessoal. Cuida-se de estabelecer, na forma do art. 580 do Código de Processo Penal, igualdade de tratamento entre os co-réus que se encontram na mesma situação processual. Habeas Corpus concedido, para se estender os efeitos da decisão proferida no Habeas Corpus nº 73.351, sendo nulo, em consequência, o processo criminal, em relação aos pacientes. (STF – HC 74.113 – SP – TP – Rel. Min. Ilmar Galvão – DJU 04.04.1997)JCPP.580

5010555 – HABEAS CORPUS – CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE (ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76) – ARGÜIÇÕES DE NULIDADE: PROVA ILÍCITA; INÉPCIA DA DENÚNCIA; FALTA DE CITAÇÃO PARA O INTERROGATÓRIO DE RÉU PRESO; VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL; EQUÍVOCO DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO; INVERSÃO DO PROCEDIMENTO PENAL; IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ; INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO;

EXASPERAÇÃO DA PENA: IMPROCEDÊNCIA DOS ALEGADOS VÍCIOS – VALORAÇÃO DA PROVA; REEXAME DE PROVAS – 1. Se foi o próprio paciente, após abordado por agentes policiais nas proximidades da sua residência, quem lhes franqueou o ingresso no imóvel em que residia, onde foi encontrado o material entorpecente, não há falar-se em prova ilícita a pretexto de invasão de domicílio sem o devido mandado judicial. 2. Não se pode imputar inepta a denúncia que contém a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol das testemunhas, preenchendo assim os requisitos do art. 41 do CPP. 3. Também não se anula a exordial acusatória pelo fato de não haver denunciado quem, sem prova da autoria, foi preso juntamente com o paciente. 4. Constando da assentada do interrogatório que o advogado constituído pelo interrogando esteve presente à audiência, ocasião em que a defesa dispensou a designação de outra data para a renovação daquele ato, superou-se a questão da falta de citação do réu requisitado de conformidade com o art. 360 do CPP. 5. Sem valia sustentar-se a tese da violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal em que apenas um réu foi denunciado. 6. Inexiste razão para anular-se o auto de prisão em flagrante delito que não incluiu o nome de quem foi preso com o paciente; entendeu, a autoridade policial, que o único autor do delito era o paciente; ademais, eventuais irregularidades ocorridas na lavratura do flagrante não contaminam a ação penal. 7. Se a defesa teve a oportunidade de manifestar-se acerca de novo memorial de alegações finais apresentado pelo Ministério Público, sobreleva demonstrado a não ocorrência de inversão procedimental. 8. O princípio da identidade física do juiz não se aplica ao processo penal. 9. Incensurável o acórdão que fundamenta, com lucidez jurídica e coerência, o julgamento dos diversos temas suscitados nos recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público e pela defesa. 10. A exasperação da pena, decorrente do provimento ao apelo da acusação, estando devidamente fundamentada e fixada dentro dos parâmetros estabelecidos na lei pelo crime de tráfico de entorpecente, não enseja nulidade. 11. O Tribunal de Justiça, ao julgar a apelação interposta pelo paciente, não cuidou de uma

das questões argüidas neste Habeas Corpus; não pode ser ele considerado coator nem, em consequência, o Supremo Tribunal Federal competente para processar e julgar o pedido; caso contrário, haveria supressão de instância. 12. É impróprio o rito estreito de Habeas Corpus para a reapreciação da valoração da prova que, por envolver matéria fática, seu deslinde depende de aprofundado exame. (STF – HC 74.333 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 21.02.1997)JCPP.41 JCPP.360

SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE – PLANTAÇÃO DE MACONHA – PRISÃO EM FLAGRANTE – INVASÃO DE DOMICÍLIO – INOCORRÊNCIA – REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA – FALTA DE RECURSO DO M.P. – REFORMATIO IN PEJUS – INADMISSIBILIDADE – Crime contra a saúde pública. Entorpecente. Nulidade do processo. Apreensão de entorpecente em domicílio. Inobservância das cautelas legais. Falta de mandado de busca e apreensão. Lição de Mirabete. Inocorrência de violação dos princípios constitucionais da inviolabilidade do domicílio e de obtenção de prova ilícita. Materialidade do delito. Maconha. Eficácia entorpecente. Laudos toxicológicos. Falta de registro do princípio ativo da erva. Simples testes de identificação. Suficiência da prova. Autoria. Sistema do livre convencimento. Confissão judicial reiterante da extrajudicial. Ressonância no processo. Tráfico ilícito. Maconha. Cultivar indevidamente. Planta destinada à preparação de entorpecente. Equiparação ao *typus fundamental*. Conduta típica e exclusiva. Inexigibilidade de pesquisa do dolo específico. Irrelevância da finalidade e tamanho da plantação. Guardar. Sentido da expressão. Falta de autorização legal ou regulamentar. Conduta comum ao uso indevido. Pesquisa do dolo específico. Princípio da exclusão. Condutas diversas. Múltiplas e sucessivas. Cultivar e guardar. Feição progressiva. Primeira conduta prevalente e segunda *post factum* não punível. Delito único tipo misto alternativo. Sentença. Omissão da pena pecuniária cumulativa. Suprimento pela superior instância. Recurso exclusivo do réu. Estabelecimento do regime

prisional fechado para o cumprimento, inicialmente, da pena afliativa. Modificação para integralmente. Inadmissibilidade na falta de recurso ministerial. Princípio proibitivo da *reformatio in pejus*. Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado. Não constitui crime a entrada ou permanência em casa alheia ou em suas dependências: – a qualquer hora do dia ou da noite, quando algum crime está sendo ali praticado ou na iminência de o ser. *My house, my castle*, na máxima dos ingleses. A inviolabilidade domiciliar, garantia constitucional do indivíduo, de inscrição permanente, prevalece enquanto não desvirtuada sua finalidade precípua de moradia. Trazer consigo, guardar, detenção em nome próprio ou de outrem, e cultivar indevidamente substância entorpecente, são condutas que indicam permanência, portanto, é delito permanente, cujo momento consumativo se protraí no tempo. O delito de natureza permanente é flagrante enquanto persistir a permanência. São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. A Constituição não proíbe a entrada em casa alheia, ainda que à noite, adverte Mirabete, se houver caso de flagrante delito (art. 5º XI), ocasião em que se poderá efetuar a busca e apreensão. É o que pode ocorrer, inclusive, nas hipóteses de crimes permanentes, em que a consumação se prolonga no tempo, como no caso de “guardar” substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica (art. 12, da Lei nº 6368, de 21.10.1976). Não constitui prova obtida por meio ilícito, a apreensão de entorpecente em domicílio, sem mandado de busca e apreensão, por se tratar de flagrante delito, de natureza permanente, pela conduta de guardar a referida substância, sem autorização legal ou regulamentar. É indiferente, pela ausência de suporte científico, a implicância da defesa com os exames toxicológicos. A materialidade ou existência do delito de tóxico, em tema de *cannabis sativa*, se comprova, validamente, pelos simples testes de identificação, registrados no laudo definitivo do exame toxicológico, da eficácia entorpecente da substância. O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova. A confissão judicial, reiterante da extrajudicial, no sistema do livre

convencimento, quando ressonante no processo, basta para definição da autoria do delito. Cultiva, registra “Greco Filho”, quem mantém a plantação, semeada por si mesmo, por outrem ou mesmo encontrada em estado nativo, desde que exerça alguma atuação sobre ela. É figura permanente, protraindo-se a consumação do delito enquanto estiverem as plantas ligadas ao solo e exista um vínculo entre o indivíduo e a plantação. Comete o delito de tráfico ilícito de substância entorpecente, por equiparação ao *typus fundamental*, pela inexigibilidade do dolo específico, a conduta típica e exclusiva de cultivar indevidamente, a erva *cannabis sativa*, planta destinada à preparação de entorpecente, irrelevantes a finalidade do produto e o tamanho da plantação. A expressão guardar, da Lei de Tóxicos, tem o sentido de detenção em nome próprio ou de outrem. Adquirir, guardar ou trazer consigo, sem autorização legal ou regulamentar, substância entorpecente, são condutas comuns aos delitos de tráfico ilícito e de uso indevido, do que resulta, pelo princípio da exclusão, quando não se tratar de uso indevido, reconhecer o narcotráfico. Caracteriza o delito de tráfico ilícito de substância entorpecente, guardar, em nome próprio ou de outrem, sem autorização legal ou regulamentar, *cannabis sativa*, em quantidade expressiva, algumas doses unitárias, do tipo “trouxinhas”, embalagem usual no comércio varejista da droga. O cultivo e a guarda, da erva maconha, pelo mesmo agente, condutas múltiplas e sucessivas, revelam um único delito, do tipo misto alternativo, de feição progressiva, considerada prevalente a primeira e, *post factum* não punível, a segunda. “Não se anula sentença, de ofício, segundo o STJ, por ausência de multa cumulativa juntamente com a pena privativa de liberdade”. O regime prisional fechado, para o cumprimento, inicialmente, da pena afliativa, estabelecido na sentença, não pode, na falta de recurso ministerial, ser emendado para, integralmente, sob pena de afronta ao princípio proibitivo vigente em nosso sistema penal, de reforma para pior. A superior instância, em recurso exclusivo do réu, não pode apreciar, sem ofensa ao princípio proibitivo da *reformatio in pejus*, qualquer aspecto da sentença que, de algum modo, resulte prejuízo para a defesa. (TJRJ – ACr 423/96 – (Reg. 091297) –

Cód. 96.050.00423 – Mage – 2ª C.Crim. – Rel. Des. Enéas Cotta – J.
23.09.1997)