

3

Da vedação de utilização de provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia fundamental

3.1

A constituição de 1988 e a vedação de utilização de provas ilícitas

Norberto Bobbio ressalta que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascem em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas por novas liberdades contra velhos poderes. Os direitos fundamentais não nascem todos de uma só vez, mas de modo gradativo¹, ou melhor, “nascem quando devem ou podem nascer”².

Esse componente histórico, que dá o tom dos direitos fundamentais, talvez nos permita compreender porque só a Constituição Federal de 1988 proscreveu, de forma peremptória, a possibilidade de utilização de provas ilícitas no processo.

Com efeito, antes da vigente Constituição brasileira inexistia dispositivo específico acerca da possibilidade ou não de utilização de provas ilícitas no processo, fato que arregimentou duas correntes acerca do tema: a) uma que admitia a utilização de provas desse jaez para fins processuais (*teoria da admissibilidade*) e; b) outra que negava, terminantemente, a possibilidade de sua

¹ BOBBIO, N., *A era dos direitos*, p. 5. Com base nas lições do autor é possível inferir que os direitos fundamentais não são os mesmo em todas as épocas, podendo inclusive, em dada conjuntura histórica se modificarem substancialmente. Bobbio, ainda quanto a esse caráter histórico dos direitos fundamentais, assevera que: “O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (BOBBIO, N., op. cit., p. 18).

² BOBBIO, N., op. cit., p. 6.

utilização (*teoria da inadmissibilidade*)³.

Para essa primeira corrente, competiria ao magistrado julgar, com base nas provas constantes dos autos, não lhe sendo autorizado perquirir se elas foram havidas dentro ou fora das regras estabelecidas para a sua produção. Tendo a prova ingressado no processo, o seu conteúdo haveria de ser aproveitado, pouco importando se produzida de forma lícita ou ilícita.

A *teoria da admissibilidade* da prova ilícita orientada pela máxima do *male captum, bene retentum* (mal colhido, bem preservado) – por séculos dominante – chegou inclusive a ser aplicada em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. O Min. Cordeiro Guerra, por exemplo, permitiu a valoração de confissão extrajudicial, obtida por meio de coação e ofensas físicas, quando corroborada por outras evidências colhidas em sede de instrução processual. O Ministro chegou a assentar em seu voto não crer que entre os direitos humanos se encontrasse o direito à impunidade *só porque agente da autoridade se excedeu no cumprimento de seu dever e deva ser responsabilizado*. Em outra oportunidade, o Min. Raphael de Barros Monteiro também endossou a teoria da admissibilidade justificando que os Tribunais devem julgar conforme as provas apresentadas, não lhe competido investigar se *bem ou mal adquiridas*, já que para ele essa investigação é estranha ao ofício jurisdicional e o juiz que a fizesse estaria exorbitando de suas funções processuais⁴.

³ SOARES, F. A. M., *Prova ilícita no processo*, p. 19 et. seq.. Em mesmo sentido AVÓLIO, L. F. T., *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, p. 73 et. seq.. Por fidelidade acadêmica, é sempre bom registrar que quando duas teorias diametralmente antagônicas se formam sobre um determinado assunto, não é raro que se aglutinem em torno dessas teorias, concepções intermediárias, ainda que mais ou menos inclinadas para um lado, com vistas a abrandar o rigor da teoria original, propondo um modelo conciliatório, permeado de concessões – às vezes, de várias concessões – à teoria opositora. Em matéria de provas ilícitas não é diferente, existem várias teorias intermediárias. Realmente, entre essas teorias ditas intermediárias, há aqueles que advogam pela inadmissibilidade das provas ilícitas, mas permitem a sua utilização *pro reo*; há aqueles que sustentam serem inadmissíveis essas provas, no entanto as provas hauridas a partir delas poderiam ser utilizadas; há os que sustentam que a ilicitude da prova poderia ser decanta pelo princípio da proporcionalidade, etc..

⁴ *Ibid.*, p. 74. O autor registra que a tese da admissibilidade das provas ilícitas era majoritária antes da vigente Constituição. Os julgados históricos referidos, também foram granjeados da obra do autor e suas informações confirmadas, em parte, *in* SOARES, F. A. M. S., *op. cit.*, p. 27. De toda forma, é bom que se registre que a posição indulgente dos Ministros Cordeiro Guerra e Raphael Monteiro Barros em relação aos agentes produtores de provas ilícitas, é, simplesmente, algo assustador. Assusta porque, ao que parece, a ilicitude não contaminaria o conteúdo da prova; seriam coisas bem distintas, incommunicáveis. Pense-se, por exemplo, em uma confissão obtida mediante tortura; para fins processuais a confissão é relevante, a tortura, algo desimportante, até mesmo porque investigar acerca do modo de sua obtenção seria extrapolar o ofício jurisdicional! Assusta também porque permite entrever que algum momento durante a *persecutio*, bastando tão somente que recaia sobre uma pessoa (ou melhor, um cidadão) a suspeita da prática de um crime,

Se a teoria da admissibilidade das provas ilícitas grassou majoritária por vários séculos, foi, seguramente, a Constituição da República de 1988 um divisor de águas quanto ao tema. Realmente, à luz do direito posto, é possível afirmar, sem nenhuma dúvida, que a vigente Constituição fez uma franca e clara opção política pela teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas, em que pese, para muitos, tal opção ter sido feita de forma matizada ou temperada.

Muito embora pudesse ser encontrada na legislação ordinária⁵ restrições quanto à produção de certas provas, a consagração expressa da garantia no rol dos direitos fundamentais reflete a incontestável opção política do constituinte em refrear a atividade estatal persecutória.

A bem da verdade seria possível, antes mesmo da Constituição de 1988, respaldar constitucionalmente a restrição do ingresso de provas ilícitas no processo, lançando-se mão de princípios fluídos, como por exemplo, o da dignidade da pessoa humana ou o da legalidade⁶. A Alemanha, por exemplo, se vale dessa estratégia.

De uma forma ou de outra, a incontestável opção constituinte pela teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas é uma demonstração cabal de que o processo de redemocratização do país exigia a salvaguarda dos direitos fundamentais de velhas práticas. O período que antecedeu a vigente Constituição evidenciava não ser possível confiar nas tradições. Nunca se negou a indispensabilidade das provas para justificar a legitimidade de uma decisão, no entanto, o horror experimentado no período ditatorial que precedeu a constituinte foi capaz de sedimentar a idéia de que a prova não deveria ser obtida a qualquer preço, já que a realização dos escopos da justiça penal não permite que à conta da obtenção de provas vários valores acolhidos pela sociedade sejam desconsiderados ou que a pessoa humana seja esmagada, por quem quer que seja.

Com efeito, a instalação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987 e a

para que ela deixe de ser considerada uma pessoa. Agora, etiquetada como um mero indivíduo (uma não-pessoa, um não-cidadão, na expressão de Jakobs, um inimigo), situado em algum lugar no limbo, completamente à margem da Constituição; um lugar onde coagir, torturar, desrespeitar a lei é um *mero* (um *só*, na infeliz expressão do Min. Cordeiro Guerra) *excesso da autoridade no cumprimento de seu dever*; onde o magistrado não deve se ocupar com as regras do jogo, com a disputa limpa, com o asseguramento de direitos fundamentais. Ironias a parte, não é possível dissociar a prova ilícita – ou o seu conteúdo – do ato ilícito que a originou e, se é assim, a forma de obtenção, de introdução e valoração da prova será sempre relevante para o magistrado.

⁵ No sentido que vai no texto: AVÓLIO, L. F. T., *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, p. 75 et. seq..

⁶ Em mesmo vetor: AZENHA, N. A. S., *Provas ilícitas no processo civil*, p. 89.

posterior promulgação da Constituição Federal de 1988 foram duros golpes dados ao regime autoritário, instaurados pós Golpe de 64. Libertar o país do ranço do regime militar e curar as feridas deixadas pela ditadura foi certamente o ideal que inspirou aquela constituinte.

Como bem registrou Fabio Aguiar Munhoz Soares:

Após o período ditatorial, o Poder Constituinte de 1988 tratou de assegurar princípios e objetivos fundamentais com a finalidade de possibilitar o integral desenvolvimento do ser humano, tendo como base o princípio da dignidade da pessoa humana, havendo por parte do legislador constituinte preocupação com a elaboração detalhada de cada direito e garantia do cidadão, o que pode ser facilmente explicado pelo passado não tão distante de ataques a direitos e garantias do cidadão, o que exigia, fosse doravante tais direitos explicitados ou minudenciados à exaustão a fim de prevenir eventuais retrocessos no cumprimento dos direitos e garantias do cidadão, passando o Estado a reconhecer tais direitos e garantias como cláusula pétrea e, portanto, imutáveis, nos termos do art. 60, §4º, IV, da CF.⁷

Os eventos históricos que precederam a atual Constituição foram determinantes para se proscrevesse de forma tão sincera as provas ilícitas do processo, vale dizer: essa garantia nasceu *porque devia e podia nascer*. Isso não significa, porém, que eventual manifestação do poder constituinte originário não possa mudar a sua conformação, quiçá cobrar pela sua supressão. Como visto, é o momento histórico que define o surgimento, a modificação e, porque não, até mesmo o desaparecimento de um direito fundamental. A própria história dos direitos fundamentais é uma história de lutas, de marchas e de contramarchas, de avanços e de recuos.

O Direito é mesmo pendular. É justamente por não desconsiderar as oscilações teóricas, especialmente aquelas que gravitam em torno de institutos jurídicos polêmicos, é que não causa qualquer espécie a afirmação de que em tema de provas ilícitas, o debate entre as teorias da admissibilidade e da inadmissibilidade de provas ilegais continua em aberto. Engana-se aquele que pensa que, apenas por existir dispositivo constitucional expreso quanto à inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, a disputa teórica entre aquelas correntes se arrefeceu. É no campo normativo que na atualidade se concentram as disputas mais acirradas sobre a matéria. A teoria da admissibilidade (ou pelo menos novas e variadas concessões a ela) parece ter ressurgido das cinzas,

⁷ SOARES, F. A. M. S., *Prova ilícita no processo*, p. 26-27.

iluminada pela teoria dos princípios.

Se na vigência de nossa Constituição é inegável a existência de norma vedando a possibilidade de utilização de provas ilícitas no processo, continuar a catalogar essa norma como um princípio, embalada pela clássica doutrina, não é mais uma afirmação indene de conseqüências práticas. Quanto a esse ponto, retornaremos mais adiante.

3.2

Questões conceituais: provas ilícitas, ilícitas em sentido estrito e ilegítimas

Na doutrina estrangeira existe certa discrepância terminológica para indicar aquelas provas desautorizadas pelo ordenamento jurídico⁸; essas variações terminológicas dificultam a compreensão e sistematização do assunto. No Brasil, em que pese a opinião de alguns, a situação não está em outra quadra⁹. Parece-nos indispensável descortinar o significado da expressão “provas ilícitas” para uma melhor compreensão do tema, muito embora reconheçamos a dificuldade científica de fixar conceitos.

Com efeito, definir o que se entende por *prova ilícita* é tarefa precipuamente doutrinária que, para além do apuro técnico, permite gizar a extensão da garantia cristalizada na norma insculpida no art. 5º, LVI da CR/88.

Antes de tudo, é importante traçar algumas premissas dogmáticas para bem compreender o conceito em questão. A par dessa consideração, ressalte-se que tanto o *acusador* quanto o *acusado* têm direito subjetivo à produção de provas, uma vez que eles têm interesse em convencer o julgador acerca da veracidade de suas alegações. Não é por outra razão que o direito à prova é tido pela doutrina e

⁸ ÁVILA, T. A. P., *Provas Ilícitas e proporcionalidade*, p. 94, com apóio nas lições de Miranda Estrampes, colaciona várias expressões que pretendem indicar a mesma realidade, como, por exemplo, prova ilícita ou ilicitamente obtida, prova ilegal ou ilegalmente obtida, prova proibida, prova inconstitucional, prova nula, prova viciada, prova irregular, entre outras.

⁹ Manifestando a desnecessidade de maiores esmeros quanto aos aspectos terminológicos empregados para um correto desenvolvimento do tema: AVÓLIO, L. F. T., *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, p.; ÁVILA, op. cit., p. 94; Entrevendo utilidade no apuro técnico para um correto entendimento acerca do tema: PRADO, L. C., *Provas ilícitas: teoria e interpretação dos Tribunais Superiores*, p. 11 et. seq.; NERY JUNIOR, N., *Princípios do Processo na Constituição: Processo Civil, Penal e Administrativo*, p. 265; PINHEIRO, F. L. S., *Princípio da Proibição da Prova ilícita no Processo Civil*, p. 117.

jurisprudência como um desdobramento natural do direito de ação (art. 5º, XXX, da CR/88), pois, de nada adiantaria garantir o acesso aos órgãos do Poder Judiciário e negar o direito de demonstrar a veracidade das alegações feitas em juízo.

Nessa linha de idéias, em sendo a prova um direito que assiste às partes (parciais) do processo, é possível afirmar que não existe tecnicamente um dever de provar, mas uma mera faculdade cujo não exercício implica em um risco de o magistrado não se convencer das alegações feitas. De outra banda, a desacertada produção da prova também implica em um risco de evidenciar algo não querido. É que a prova uma vez produzida pertence ao processo; não interessa quem a produziu, de modo que esse elemento pode inclusive ser utilizado para lastrear uma decisão contrária aos interesses da parte que a propôs (*princípio da comunhão da prova*).

Dentro desse contexto, não é difícil perceber porque nas legislações em geral a lei confere às partes liberdade para produzirem as provas que servirão para sustentar suas alegações. Essa liberdade é indispensável para que as partes aquilatem a conveniência e a oportunidade de produzi-las, administrando os riscos de suas ações e inações. Desta forma, a liberdade na produção da prova é uma das regras do jogo.

Em um sistema em que vigora a liberdade probatória, aparentemente soaria contraditório perceber nele a coexistência de normas vedando ou restringindo a admissibilidade de uma determinada prova, reputada pela parte que a pretende produzir como indispensável à formação do convencimento do julgador. No entanto, como dito, essa contradição é simplesmente aparente, já que a liberdade probatória é uma, mas não a única *regra do jogo*. A concretização da dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático de Direito impõe a percepção de que o direito à prova não está só, mas que ao lado dele existem outros direitos que também foram positivados com a rubrica da *fundamentalidade*.

Nessa ordem de idéias, o respeito à intimidade, à vida privada, à integridade física, à honra, à imagem das pessoas, à dignidade humana, à legalidade, por exemplo, caminham no sentido de limitar o direito à prova, de forma a se permitir uma acomodação harmônica entre os direitos fundamentais (porquanto normatizados na forma de princípios). De se ver, portanto, que a liberdade probatória é limitada pela lei, de forma a viabilizar o convívio em sociedade.

A prova ilícita extravasa os limites impostos pela lei e justamente por estar fora das prescrições estabelecidas no ordenamento jurídico, não pode ser admitida no processo. Assim, a prova pode ser reputada ilícita por contrariar os preceitos contidos na Constituição ou na legislação infraconstitucional em geral. É exatamente nesse sentido que dispara o art. 157, *caput*, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.689/08: “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*”. Andou bem o legislador ao definir o que se entende por provas ilícitas, espancando a velha celeuma doutrinária que acabava por constituir verdadeira Torre de Babel¹⁰ em torno do significado daquela expressão. Assim, pouco importa se a prova foi obtida ou produzida em infringência a um direito fundamental, às normas de direito material ou processual, a consequência é a mesma: a sua inadmissibilidade¹¹.

Doutrinariamente é possível dividir a prova ilícita em *prova ilícita em sentido estrito* ou *ilícita propriamente dita* e *prova ilegítima*.

Uma prova será considerada *ilícita em seu sentido estrito* quando obtida com violação das normas de direito material. Aqui não importa se a norma de direito material violado é a Constituição, a Lei Civil, o Direito Penal, o Administrativo ou o Tributário. A doutrina assinala também que a prova ilícita em seu sentido estrito pressupõe uma violação do direito material no momento da colheita da prova, e isso pode se dar em momento anterior ou concomitante ao processo. Essa violação é sempre externa ao processo. Seriam exemplos de prova

¹⁰ Expressão utilizada por ÁVILA, T. A. P., *Prova ilícitas e proporcionalidade*, p. 94.

¹¹ Em mesmo sentido: NUCCI, G. S., *Provas no processo penal*, p. 31 ao anotar: “Defendemos, lastreados no disposto no art. 157, *caput*, do CPP, serem ilícitas todas as provas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais (normas penais ou processuais penais).”; HAMILTON, S. D., *Provas ilícitas, a teoria da proporcionalidade e a autofagia do Direito*, p.69, *verbis*: “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, para usar os dizeres de 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 para fins didáticos, pois, nos dois casos, haveria manifesta ilegalidade”; GOMES, L. F., *Lei nº 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade*; SOARES, F. M. S., *Prova ilícita no Processo*, p.50-51. Também as históricas Súmulas das Mesas de Processo Penal da Universidade de São Paulo: Súmula nº 48 – Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material; Súmula nº 49 – São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.

ilícita em sentido estrito: a obtenção de um documento violando uma correspondência ou um domicílio; a colheita do material genético do investigado a seu contragosto; uma confissão obtida mediante tortura. As provas ilícitas em sentido estrito desafiarão as iras do direito material, ou seja, a sanção decorre da própria norma de direito material. Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça chega ao ponto de afirmar que a sanção aplicável à prova que viola um impedimento substancial será a sua *inexistência*, já que essa prova é inapta ao exercício do livre convencimento motivado¹².

Em outro giro, uma prova será considerada *ilegítima* quando preterir as normas processuais que regem a sua produção. Nas provas *ilegítimas* a transgressão à norma de regência se opera dentro do processo. Seriam exemplos dessa categoria: a colheita de uma determinada prova sem o crivo do contraditório; a colheita do depoimento do réu sem lhe informar do seu direito de permanecer calado; a inversão na ordem da oitiva das testemunhas da acusação e da defesa, etc.. Tal qual as provas ilícitas propriamente ditas as provas ilegítimas são inaptas para a formação do convencimento do julgador.

A doutrina majoritária sufraga o entendimento de que as provas ilegítimas desafiam o regime das nulidades previsto na lei processual¹³, vale dizer, a transgressão à lei processual “se resolve dentro do processo, segundo esquemas processuais que determinam a forma e as modalidades de produção da prova, com sanção correspondente a cada transgressão, que pode ser uma sanção de nulidade.”¹⁴.

A questão não é tão simples como pode parecer à primeira vista. Talvez a maior dificuldade em tratar a questão dentro da clássica teoria da invalidade resida no fato da irritante insistência de se usar no Processo Penal as *velhas e usadas* vestes do Processo Civil, ou seja, de importar para o âmbito do Processo Penal,

¹² MENDONÇA, R. P. A., *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*, p. 34. A nosso sentir, a prova ilícita é prova inválida, porém é prova existente. Não se pode confundir a validade com a existência, os planos em que se situam o ato jurídico são distintos. A prova existe, seu registro também. Aliás, é da existência dessa prova *ilegal* e de seu registro nos autos que se deflagram algumas conseqüências, como, por exemplo, a exigência de seu desentranhamento e sua destruição.

¹³ Cf. ÁVILA, T. A. P., *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 94-95; AVÓLIO, L. F. T., *Provas ilícitas: intercepções telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, p. 43; AZENHA, N. A. S., *Prova Ilícita no Processo Civil*, p. 97 et. seq.. PRADO, L. C., *Provas ilícitas: teoria e interpretação dos Tribunais Superiores*, p. 12 et. seq.. PINHEIRO, Fernanda Leticia Soares. *Princípio da Proibição da Prova ilícita no Processo Civil*, p. 120; FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 572.

¹⁴ AVÓLIO, op. cit., p. 43.

sem nenhum ajuste, os institutos e categorias próprias do Processo Civil, olvidando-se do desequilíbrio inerente à persecução penal. Realmente, a clássica doutrina processual penal insiste em reproduzir a categoria da nulidade relativa e o discurso do *pás nullité sans grief*, deixando de perceber que a forma na lei instrumental penal está a serviço do acusado, com vistas a protegê-lo contra investidas ilimitadas no desenvolver da pretensão penal acusatória¹⁵. Encontrar um lugar para acomodar a *nulidade relativa* no terreno da ilicitude, também se mostra tarefa difícil, eis que não existem meios-termos entre o lícito e o ilícito.

Nessa ordem de idéias, são absolutamente acertadas as lições de Aury Lopes Jr. no sentido de que a forma no processo penal é limite de poder e garantia para o imputado, de maneira que a sua inobservância é um sinal de alerta de que os direitos do acusado estão sendo preteridos. Assim, em se considerando que a forma serve para proteger o acusado e garantir um processo devido, o normal é que a atipicidade da forma gere um prejuízo (pensar o contrário seria admitir que o legislador estabeleceu formalidade estéril, absolutamente inútil).

Ora, se é assim, não cabe ao acusado demonstrar, por exemplo, que a prova ilegítima gerou prejuízo; muito pelo contrário, cabe ao acusador demonstrar que o desrespeito à forma não prejudicou o acusado. Colocar nos ombros do acusado o fardo de demonstrar o prejuízo é um odioso engendro de dominação, completamente a serviço do punitivismo. Devem-se inverter os sinais classicamente utilizados para fundamentar o princípio do prejuízo – ou seja: não se deve provar o prejuízo, mas a sua ausência. Em outro flanco, a categoria das nulidades relativas é inservível para a legitimação do modelo constitucional do processo penal, na medida em que a defesa das prerrogativas do imputado no processo é sempre de ordem pública e, justamente por isso, podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado, não se sujeitando à preclusão¹⁶.

Guilherme de Souza Nucci percebendo a complexidade de tratar a questão da prova ilegítima dentro da clássica teoria da invalidade dispara:

Não sufragamos a posição sustentada por quem defende serem meras nulidades as

¹⁵ Nesse sentido BIZZOTTO, A., *A inversão ideológica do discurso garantista*, p. 193 et. seq..

¹⁶ LOPES JR. A., *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, v. 2, p. 417, et. seq.. Em mesmo sentido BIZZOTTO, A., op. cit, p. 193 et. seq.. Em sentido contrário: ÁVILA, T. A. P., *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 98, percebendo alguma utilidade na categoria da nulidade relativa, no trato do tema. Para esse autor: “não deve ocorrer uma correspondência entre os conceitos de ilicitude e nulidade, pois há nulidades relativas que não acarretam a inadmissibilidade de valoração.”

violações às normas processuais penais, enquanto que as lesões às normas penais seriam autênticas provas ilícitas. Em absoluto. Assim sendo, o desequilíbrio torna-se evidente. Quando se depara a parte com uma prova ilícita, em particular após a edição da Lei 11.690/08, deve se propor incidente de ilicitude de prova, pretendendo desentranhar e destruir a referida prova. É que não existe meio-termo, vale dizer, prova *mais* ou *menos* ilícita. Portanto, concedendo-se a titulação de prova ilícita somente àquelas que violem preceitos penais, olvidando-se as lesivas a processo penal, o tratamento será desigual. No campo das nulidades há meio-termo: a nulidade relativa. No cenário das ilicitudes, como se viu, inexistente essa medida intermediária. No âmbito das nulidades há maior maleabilidade para o Judiciário considerar válida ou inválida determinada prova. No contexto da ilicitude, deve-se zelar, acima de tudo, pelo respeito à produção escorreita da prova, pois a norma é constitucional¹⁷.

Não temos dúvidas que a clássica teoria das invalidades tem significativas inconsistências dentro do modelo constitucional do processo penal. É necessário fazer um reajuste, de forma a adaptá-la a um modelo garantista. Aplicar *pás nullitè sans grif*, tal como preconizado pela doutrina majoritária, no âmbito do processo penal, principalmente no trato das provas ilegítimas tem se revelado incômodo (talvez porque essa roupa não foi feita para ele).

De uma forma ou de outra, em sede de provas ilícitas, preferimos um conceito amplo, de forma a incorporar as provas ilícitas em sentido estrito e as ilegítimas, vale dizer, se a prova foi obtida ou produzida em desconformidade com as prescrições do ordenamento será ela reputada ilícita e não poderá ser admitida no processo.

No entanto - ainda no campo terminológico - parcela da doutrina etiqueta o que chamamos de prova ilícita como prova vedada ou como prova ilegal. Para esses autores, a prova vedada é um gênero que comporta duas espécies: a prova ilícita e a prova ilegítima, quando violasse, respectivamente, as normas de direito material ou as normas de direito processual¹⁸; para esses autores o conceito de prova ilícita é bem mais restrito.

De se ver, porém, que esse conceito mais restrito é perigoso, na medida em que em se considerando ser a prova ilícita espécie e não gênero, não é difícil sustentar que a garantia constitucional não se dirige às provas ilegítimas.

Thiago André Pierobom de Ávila, adotando conceito ainda mais restrito, sustenta que a garantia de não ser processado com base em provas ilícitas para ser

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*, p. 31.

¹⁸ Adotando um conceito mais restrito de provas ilícitas: ÁVILA, T. A. P., *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 94 et. seq.; PRADO, L. C., *Provas ilícitas: teoria e interpretação dos Tribunais Superiores*, p. 12 et. seq.; BEDÊ JUNIOR, A.; SENNA G., *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*, p. 52-53.

ativada pressupõe uma agressão direta a um direito fundamental. E mais. Para o autor, essa agressão além de atingir diretamente um direito fundamental deve se revestir de certa intensidade, de maneira que caso inexista essa intensidade ou se a transgressão à norma constitucional for meramente reflexa, haveria tão somente nulidade relativa. Nas palavras do autor:

O direito cuja violação ensejará a ilicitude da prova há de ser um direito fundamental. A garantia fundamental da inadmissibilidade das provas ilícitas está estrategicamente localizada sob o título dos direitos e garantias fundamentais. Sua finalidade é criar um sistema de atividade processual que respeite minimamente os direitos elencados na Constituição tidos como essenciais para a convivência em sociedade. O problema no caso concreto é delimitar a linha que separa o plano da constitucionalidade e o plano da legalidade, haja vista o caráter analítico de nossa Constituição.¹⁹

Prosseguindo o raciocínio:

Assim, correspondências meramente difusas entre o texto legal e a previsão constitucional não acarretam o acionamento da garantia da inadmissibilidade da prova, sendo necessária uma correspondência específica e direta. Também será necessário que a lesão contenha uma suficiente intensidade constitucional para acionar a garantia. Portanto, ainda que se trate da violação de uma norma de direito penal, tal violação não acarretará necessariamente a garantia fundamental da inadmissibilidade da prova daí decorrente; isso apenas ocorrerá se o bem jurídico tutelado pela norma penal tiver suficiente correspondência com um direito fundamental previsto no texto constitucional e a lesão seja intensa e grave o suficiente para acionar a garantia. Assim, não necessariamente as informações oriundas de todos os ilícitos penais constituirão necessariamente prova ilícita²⁰.

Américo Bedê Junior e Gustavo Senna com apoio nas lições de Alexandre Castro Coura sustentam ser impossível aferir em abstrato a ilicitude ou não de uma prova, pois, para eles, não é o simples descumprimento da regra penal ou processual que determina ser a prova ilícita, mas a verificação de sua incompatibilidade com os direitos fundamentais em sua perspectiva global. Prova ilícita seria tão somente aquela que substancialmente violasse um direito, ou seja, só é possível responder com precisão, se a prova é ilícita ou não, à luz do caso concreto²¹.

¹⁹ ÁVILA, T. A. P., *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 95. Compartilhando do entendimento de que apenas as violações de direitos fundamentais constituem provas ilícitas: SILVA, B. C. G., *Da Prova Ilícitamente Obtida no Processo Penal*.

²⁰ ÁVILA, *op. cit.*, p. 96.

²¹ BEDÊ JUNIOR, A.; SENNA G., *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*, p. 52-53. Perceba-se, porém, que embora endossando um conceito restrito de prova ilícita, existe espaço para o acionamento da garantia quando houver violação da lei processual.

O conceito reducionista de provas ilícitas proposto pelos autores é irresoluto, dificultando ainda mais a delimitação do conteúdo da garantia constitucional em apreço. Primeiro, porque remete o magistrado a questões circunstanciais para definição da ilicitude, olvidando-se de que a definição do lícito e do ilícito se opera no plano normativo. Segundo, porque definir o que seja “lesão intensa e grave” a um direito fundamental não é questão simples. Em torno dessa definição haveria certamente uma absurda margem para a insegurança. Terceiro, porque ainda que fosse possível definir o que é ou não “lesão intensa e grave” estaríamos criando gradações de ilicitude.

O reducionismo conceitual acima referido peca por negar a proteção constitucional às chamadas provas ilegítimas, esquecendo-se de que as normas processuais emprestam importante papel na proteção do imputado e no controle da atividade persecutória, garantindo a dignidade do homem processado.

Tudo isso considerado, importa lembrar que a discussão fica, atualmente, apenas em sede doutrinária, pois no plano normativo a questão, como vimos, foi resolvida.

3.3

Fundamentos

A vedação de utilização de provas ilícitas é uma das projeções mais emblemáticas do modelo garantista instituído em favor do cidadão submetido a um processo, posto traduzir nítido limite à atividade estatal persecutória²². Existem variados fundamentos para justificar a limitação estatal na colheita do material probatório destinado a convencer o julgador, conquanto não se negue a existência de tantos outros para infirmá-la. Não obstante toda essa controvérsia, fato é que a norma em apreço foi positivada no rol dos direitos individuais, revestida inclusive pelo manto protetor das cláusulas pétreas.

No geral, também não se pode desconsiderar que aqui ou acolá é possível

²² Luigi Ferrajoli define garantismo como um *modelo normativo de direito* que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, que sob o plano político é marcado como uma técnica capaz de minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o ponto de vista jurídico institui um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 785-786).

identificar algumas normas jurídicas que se revelam no campo prático como antipáticas, quiçá até mesmo inconvenientes, diante de certos casos concretos. Para uns, a proscrição de utilização de provas ilícitas seria um típico exemplo. Entretanto, esses casuísmos ou até mesmo fatores contingenciais não constituem razões para desviar a vontade de fazer prevalecer a Constituição. É preciso ter, na feliz expressão de Konrad Hesse, “vontade de Constituição”²³. O fortalecimento de um Estado Democrático de Direito capaz de debelar o “arbítrio desmedido e disforme”²⁴ tem seus custos. Feitos esses registros, aos fundamentos da norma.

Bruno Cezar Gonçalves da Silva registra que há quem sustente que as provas ilícitas não devem ser admitidas no processo, porque tais provas não são confiáveis e a necessidade de assegurar ao processo judicial um resultado seguro seria razão suficiente para repeli-las²⁵. Assim, *e.g.*, um depoimento colhido sob tortura não teria o condão de traduzir um elemento seguro para sustentar um édito condenatório. Para essa linha de entendimento, o desrespeito às prescrições do ordenamento conduziria a distorções acerca do conteúdo da prova, despindo-a de credibilidade. A bem da verdade, em alguns casos a prova ilícita não é mesmo confiável, como se dá no exemplo a pouco citado, mas em outros, a tal conclusão não se pode chegar. Pense-se em um material genético colhido à força para a realização de exame em DNA; a prova é mesmo ilícita, muito embora o grau de confiabilidade do exame não tenha sido atingido.

Desse modo, não é a idoneidade da prova que justifica sua ilicitude²⁶, até porque a realização desse juízo de “confiabilidade” pressupõe a valoração da prova (admitida). O sistema brasileiro não intromete na realização desse juízo valorativo, mesmo porque violaria o sistema do livre convencimento motivado. A Constituição Federal na realidade veda, a priori, a realização desse juízo.

Há quem sustente que a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas se funda na unidade da ordem jurídica que não comporta contradição em seus termos, isto é, não poderia o Estado contrariar as suas normas a pretexto de fazê-

²³ HESSE, K., *A força normativa da Constituição*, p. 19.

²⁴ *Ibid.*, loc. cit.

²⁵ SILVA, B. C. G., *Da prova ilicitamente obtida no processo penal*. Nesse mesmo sentido: BRAGA, P. S.; DIDIER JR, F.; OLIVEIRA, R., *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*, p. 37.

²⁶ Cf. SILVA, B. C. G., *op. cit.*; OLIVEIRA, E. P. *Curso de Processo Penal*, p. 295. Parecendo anuir: OLIVEIRA, E. P. *Curso de Processo Penal*, p. 295-296.

las cumprir²⁷. O desrespeito à norma não é outra coisa senão o desrespeito ao próprio Direito, em sua unidade. O Min. Sepúlveda Pertence, com base na doutrina alemã, de Amelung, pontua:

O Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena, se, para impor o direito, tiver de recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal. Pois, argumenta, o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Essa demonstração será frustrada se o próprio Estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe precisamente assegurar.²⁸

Noutro flanco, a tese da inadmissibilidade tem espeque na necessidade de conter a “tentação da violência” de todos os organismos policiais. A vedação de utilização de provas ilícitas consubstancia em *medida dissuasória* que visa conter o uso *desregrado* da força e do próprio aparato estatal na busca da prova. Da primitiva tortura até as modernas técnicas de incursão genética ou de qualquer outra maravilha que a ciência possa nos fazer experimentar, o Estado no curso da *persecutio criminis* deverá encontrar no Direito limites. A inegável matriz ética da norma constitucional em apreço repudia a truculência no desenvolvimento da atividade persecutória, impondo ao Estado o poder-dever de apurar e levar a efeito as pretensões penais dentro de certos limites éticos expressos na legislação.

A exclusão da prova ilícita tende a gerar nos agentes públicos a assimilação da idéia de que são inócuas as atividades investigatórias desenvolvidas ao arrepio das prescrições do Direito. Com isso, a um só tempo, cria-se um efeito inibitório àquelas condutas reprovadas pelo ordenamento e educa os operadores do sistema penal²⁹.

²⁷ Nesse sentido a lição de Maria Beatriz Oliveira citada por João Freitas de Castro Chaves e Clarissa Marques Cunha: “O direito é um todo unitário, formando um universo que não é composto por compartimentos estanques. Se a prova é ilícita, afronta ao direito em seu universo, não sendo admitida no processo, ainda que não seja instrumenta a norma violada. O ilícito contamina todo o direito e não somente partes separadas. Não se pode olvidar que toda prova ilícita ofende a Constituição por atingir valores fundamentais do indivíduo. E, como é reconhecido em favor do Estado uma presunção de legalidade e moralidade de seus atos, não se pode admitir, por parte de seus agentes, o uso de meios condenáveis.” (CHAVES, J. F. C.; CUNHA, C. M., *Princípio da proporcionalidade pro societate na gestão da prova ilícita: dilemas teóricos e usos cotidianos*).

²⁸ HC 80.949-9/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.10.01.

²⁹ SILVA, B. C. G., *Da prova ilicitamente obtida no processo penal*. Em mesmo vetor Eugênio Pacelli de Oliveira ao anotar: “Mais do que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de que é o grande responsável

A proscrição de utilização de provas ilícitas, além desse efeito dissuasório e pedagógico, também funciona como *garantia* contra a violação de direitos fundamentais. Em doutrina essa função *garantia* é reconhecida por todos. A nosso sentir, parecem ser as *funções dissuasória e pedagógica* decorrências lógicas dessa *função garantia*.

Com efeito, a proteção aos direitos fundamentais contra investidas ilegítimas justifica a proscrição de utilização de provas ilícitas. A produção, introdução e valoração das provas no processo devem respeitar os direitos e garantias individuais.

O direito à produção de provas não está acima dos outros direitos fundamentais, até mesmo porque a prova é o meio e não o fim da atividade cognitiva judicial. Assim, é imprescindível constatar que a Constituição colocou ao lado daquele direito outros valores, em mesmíssimo patamar, como por exemplo, a intimidade, a honra, a imagem e a integridade física da pessoa humana.

José Carlos Barbosa Moreira, ferrenho crítico da teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas, chega ao ponto de questionar se essa teoria seria adequada à nossa realidade, especialmente no âmbito da criminalidade organizada. O autor chega ao ponto de confessar ter dificuldades “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”.³⁰

Com todo respeito ao autor e a todos que compartilham do mesmo entendimento, a questão não é tão simples. É que o raciocínio é discriminatório e contrário ao modelo constitucional do processo. Etiqueta-se o inimigo, considerando-o uma ameaça para a coletividade e, a partir de então, todas as medidas necessárias para a sua punição devem ser tomadas. Nessa ordem de idéias, a superação de garantias individuais desses inimigos não podem ser obstáculo ao combate do mal, ou melhor, da “praga”. Em nome do bem geral, dessa ira santa, o modelo constitucional do processo poderia ser colocado de lado.

pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela valores reconhecidos pela ordem jurídica.” (OLIVEIRA, E. P. *Curso de Processo Penal*, p. 295).

³⁰ MOREIRA, J. C. B., *A Constituição e as prova ilicitamente obtidas*. (apud) HAMILTON, S. D., *Processo Penal (Reflexões)*, p. 70-71.

Obviamente, no campo probatório não se poderia invocar a proibição de utilização de provas ilícitas em benefício do criminoso, porque seria manifestamente insubsistente rechaçar a prova porque invasiva à intimidade do traficante, do pedófilo ou de qualquer outra alcunha que se queira dar ao *inimigo*.

Esquecem-se, porém, que não há condenação legítima sem provas, não há crime sem provas, não há criminoso sem provas. Muito pelo contrário, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória existe um inocente processado. Essa condição só será alterada com uma decisão transitada em julgado, e a Constituição é clara nesse sentido. Avançar a todo custo sobre os direitos individuais de alguém para provar o crime contraria a Constituição, por subverter a presunção de inocência. A crença meramente subjetiva de que alguém cometeu um crime não se harmoniza com o modelo constitucional de processo, mas cai como uma luva a ideologia de exceção. Desse modo, é absolutamente equivocado qualquer discurso que parta do pressuposto de que alguém é culpado até que se prove o contrário ou de que todo processado (o *inimigo*) efetivamente praticou a conduta proibida a ele imputada. Nessa via invasiva, desenfreada e desmedida pela busca das provas a todo custo, capazes de inculpar o *inimigo*, as garantias do inocente são desrespeitadas, sempre muito bem justificadas pelo discurso da proteção da coletividade, da realização do “bem”. “Quem nos protegerá da bondade dos bons?”³¹. Quem poderá garantir que por mera vontade caprichosa dos organismos estatais não sejamos nós os próximos alvos? Quem garantirá que o advogado, o professor, ou um cidadão qualquer não seja o próximo a ser rotulado como inimigo? Ninguém, absolutamente ninguém nos protegerá dessa “bondade”. Não é por outra razão que Rui Barbosa asseverou que as garantias constitucionais “cessarão de proteger os inocentes, quando não protegerem indistintamente os acusados.”³²⁻³³.

Não avançaremos aqui nessa discussão. Por hora, vale repisar que a proscrição de utilização de provas ilícitas tem uma função *dissuasória* e *pedagógica*, que são desdobramentos da função *garantia*, destinada a preservar os direitos humanos fundamentais de qualquer indivíduo, conquanto não se negue a

³¹ Pergunta várias vezes feita na obra de Aury Lopes Junior.

³² Citação colhida do voto do Min. Paulo Brossard, no HC 69912-0.

³³ Cf. NICOLITT, A. L., *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e Processo Penal*, p. 142 et. seq.. Muito bem lembra o autor que o discurso de exceção e de guerra justificou as práticas autoritárias durante a ditadura militar brasileira. Os inimigos da nação – os intelectuais, os artistas, os estudantes, os trabalhadores – precisavam ser exterminados, sem escrúpulos.

projeção metaindividual dessa garantia, consubstanciada na própria defesa da unidade do Direito e na contenção do abuso de poder.

3.4

A vedação de utilização de provas ilícitas no direito comparado

O art. 5º, LVI, da CR/88 é prova inconcussa de que, no ordenamento jurídico brasileiro, o acusado tem a garantia fundamental de não ser processado e nem sentenciado, com base em provas obtidas de forma incompatível com as prescrições que limitam a atividade estatal persecutória.

A existência entre nós de norma de direito fundamental, cristalizando expressamente a garantia referida, é dado que não pode passar despercebido por aquele que se aventure a descortinar o difícil tema das provas ilícitas, no direito comparado. É que o modo pelo qual o direito positivo de cada Estado trata o assunto justifica, em grande medida, as oscilações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema³⁴. Em matéria de provas ilícitas a análise da jurisprudência alienígena, sem se atentar às particularidades do direito positivo daquele Estado, pode gerar no ordenamento brasileiro uma defeituosa aplicação da norma fundamental.

Os direitos fundamentais são direitos positivados, existem normas que os asseguram. Assim, é possível que dois Estados prevejam o mesmo direito fundamental como normas jungidas de estrutura bem diversa. Para não pecar por falta de clareza: um Estado pode positivar um direito fundamental por meio de uma regra e, o outro, por meio de um princípio. A escolha entre uma ou outra espécie normativa, quando da consolidação do direito fundamental modifica profundamente a forma de aplicação desse direito.

Feita essa observação, é possível ingressar na análise das provas ilícitas no direito comparado, ainda que de forma brevíssima.

No direito tedesco, não há previsão constitucional expressa vedando a

³⁴ BOBBIO, N., *A era dos direitos*, p. 18. Segundo o autor o que parece fundamental para uma civilização pode não ser para outra, de igual modo, o mesmo direito considerado fundamental por civilizações diferentes, podem receber regramentos bastante heterogêneos. Enfim, os direitos humanos não decorrem da natureza do homem, como pretendeu fazer crer os jusnaturalistas, mas, ao revés disso, um construído jurídico influenciado pelo momento histórico e por dados culturais de cada Estado.

utilização da prova ilícita, no entanto é largamente aceito na doutrina que não é válida a prova produzida em ofensa às normas de direito material. O princípio da dignidade da pessoa humana caminhará no sentido de exigir um processo livre de provas ilícitas. De toda forma, o trato do tema, no direito germânico, é marcado pela aplicação da teoria da proporcionalidade. A jurisprudência alemã cuidou de assinalar que nenhuma garantia constitucional tem valor absoluto, capaz de se sobrepor a outra de mesma envergadura. Assim, tolera-se que esse direito, ainda que com índole constitucional, ceda espaço a outro que, no caso concreto, se mostre mais relevante. A solução alemã dada ao tema tem sido aplaudida por vários estudiosos brasileiros que vêem na teoria da ponderação uma via acertada para abrandar o rigor da proscrição de utilização de provas ilícitas.³⁵

Na Itália, no campo doutrinário, prevalecia a tese da inadmissibilidade da prova ilícita no processo. Essa posição foi positivada em nível infraconstitucional, permitindo-se ao magistrado o reconhecimento da ilicitude de ofício e em qualquer grau de jurisdição. A Corte Suprema italiana, conforme noticia Thiago André Pierobom de Ávila, só tem reconhecido a inadmissibilidade da prova ilícita quando a violação for direta e expressa de uma proibição determinada.³⁶

Não consta da Constituição espanhola nenhuma disposição concernente à vedação de utilização de provas ilícitas, malgrado a doutrina majoritária se posicionasse pela inadmissibilidade de tais provas. No entanto, somente em 1985 foi inserido na legislação infraconstitucional dispositivo vedando a admissão e a valoração de provas que violem direitos ou liberdades individuais. A bem da verdade, alguns autores negam existir fundamento constitucional no sentido de proibir a utilização de provas ilícitas; outros, porém, procuram apoiar a proibição ora no direito de ter um processo onde se assegure o exercício de todas as garantias, ora no princípio da presunção de inocência.³⁷

O Direito norte americano influenciou vários países – inclusive o Brasil - na construção de regramentos tendentes a coibir abusos no exercício do direito à produção de provas. Com efeito, a jurisprudência norte americana - com fulcro nas Emendas Constitucionais IV, V, VI e XIV (em especial as duas primeiras) - rejeita as provas obtidas por meios ilícitos, por mais que essas provas consistam

³⁵ Cf. ÁVILA, T. A. P., *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 160 et. seq.; NERY JUNIOR, N., *Princípios do processo na Constituição: Processo Civil, Penal e Administrativo*, p. 261 et. seq..

³⁶ Cf. SOARES, F. A. M., *Prova ilícita no processo*, p. 29 et. seq.

³⁷ Cf. CASTRO, R. A., *Provas ilícitas e o sigilo das comunicações telefônicas*, p. 93 et. seq..

em fator determinante para punição do processado. É que os direitos a não se auto-incriminar, a um processo devido, a não violação à segurança de suas casas e pessoas contra intervenções desarrazoadas, acabaram por consolidar o sistema de *exclusionary rules* estadunidense. De igual modo, a teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruits of poisonous tree theory*), largamente utilizada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, teve lá origem e profícuo aperfeiçoamento (quanto a essa teoria retomaremos mais adiante).³⁸

A doutrina noticia existir no direito comparado um tratamento vacilante no tocante à inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, muito embora se possa perceber que nos países da *common law* há certa tendência em ampliar a discricionariedade do magistrado para excluir ou não a prova ilícita do processo, de acordo com o caso concreto; na família da *civil law*, por outro lado, predomina a inadmissibilidade das provas ilícitas, conquanto existam concessões à sua admissibilidade.³⁹ De todo modo, no geral, o tratamento dispensado à tormentosa questão das provas ilícitas no processo tem sido feito pela legislação infraconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal tem rechaçado a utilização dos paradigmas estrangeiros para a solução da complexa questão das provas ilícitas no direito brasileiro, tendo em consideração as particularidades normativas que envolvem o dispositivo constante do art. 5º, LVI da CR/88. Na arguta observação do Min. Sepúlveda Pertence:

15. Testemunham os doutores a prevalência hodierna da tese da proscrição da admissibilidade processual da prova ilícita.

16. Mas a questão, sobretudo nos casos limites, ainda provoca resistências compreensíveis.

17. E delas advém – quando não frontal do princípio de exclusão da prova ilícita – o apelo, sempre que se cuide da apuração de crimes graves, à necessidade de temperar sua aplicação, em cada caso, à luz do princípio da proporcionalidade.

18. Apelo esse freqüentemente enriquecido com a invocação de parte significativa da doutrina e da jurisprudência alemãs, minudente resenhadas por Costa Andrade.

19. Na questão, entretanto – como em tantas outras – *a recepção desavisada de teorias jurídicas estrangeiras é extremamente perigosa, pela diversidade dos dados dogmáticos de que partem, em relação ao nosso ordenamento.*

20. *Basta notar que, na Alemanha, a solução do problema da admissibilidade, ou não, da prova ilícita no processo não arranca de norma constitucional específica mas, ao contrário, busca fundamento em princípios extremamente fluídos da Lei Fundamental, a exemplo da dignidade da pessoa humana.*

³⁸ Cf. ÁVILA, T. A. P., *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 132 et. seq.; ÁVOLIO, L. F. T., *Provas ilícitas*, p. 51 et. seq..

³⁹ ÁVILA, T. A. P., op. cit., p. 197.

21. Na ordem constitucional brasileira, ao contrário – inspirada no ponto pelo art. 32. 6, da Constituição portuguesa -, a opção pelo repúdio à prova ilícita é inequívoca:

“Art. 5º (...)

LVI. São inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.”

22. *Guarda da Constituição – e não dos presídios – é dessa opção clara, inequívoca, eloqüente, da Constituição – da fidelidade à qual advém a nossa própria legitimidade – é que há de partir o Supremo Tribunal Federal.*⁴⁰

A vista disso, retomo aquela observação inicial: a existência de claríssima norma fundamental, conferindo expressiva garantia em socorro daqueles que se encontram no alvo da atividade estatal persecutória, é ponto fulcral para a resolução de nossas crises interpretativas. É à luz do nosso direito posto, de nossa realidade Constitucional que devem advir as respostas para o combate à impunidade. O recurso ao casuísmo é a proposta para a simplificação de problemas intrincados, pela via utilitarista, permitindo-se a irresponsabilidade. Respostas inconseqüentes no campo processual penal tendem a esmagar a pessoa humana - quem a Constituição prometeu incondicionalmente tratar com dignidade. A realização da justiça só pode ser compreendida como a efetivação da soberania da Constituição, de nossa Constituição. É sem ceder às tentações que devem ser compreendidas normas constitucionais, sob pena de negar-lhes sua própria força normativa. Nessa perspectiva, é que se propõe a responder a pergunta que segue.

3.5

A vedação de utilização de provas ilícitas: um princípio?

3.5.1

Noções

Passa-se a investigar se a vedação de provas ilícitas no processo se consubstancia - nos moldes erigidos pela Constituição da República de 1988 - em uma regra ou um princípio e quais as conseqüências que poderão surgir dessa resposta.

⁴⁰ HC 80.949-9/RJ – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.10.01 (destacamos).

Existem várias propostas para distinguir as espécies normativas, elegeu-se, *principalmente*, aquela trazida por Robert Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais. No entanto, é bom que se diga que em alguns pontos distanciamos da concepção do modelo alexyano, nos valendo de outros traços de demarcação forte trazidos por outros teóricos. Assim, a concepção de regra adotada, por exemplo, é muito mais afeiçoada ao modelo dworkiniano, do que propriamente com o de Alexy⁴¹. De uma forma ou de outra, pareceu-nos que, como pretendeu o alemão, é mesmo nos casos de conflitos normativos que as nuances entre regras e princípios ficam mais evidentes.

Ultrapassadas essas questões, buscar-se-á responder às perguntas iniciais: A vedação de utilização de provas ilícitas no processo é uma regra ou um princípio? Quais são as conseqüências que podem advir dessa resposta?

3.5.2

Enunciado normativo e a norma de direito fundamental

Humberto Bergann Ávila assevera que “*normas* não são textos e nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”⁴². O texto⁴³ é o objeto da interpretação, a norma o resultado dessa interpretação⁴⁴. Não é a quantidade de textos que irá definir a quantidade de

⁴¹ A concepção de regras de Alexy se distancia muito daquela de Dworkin, muito embora a doutrina, desavisada, não tenha se dado conta dessas significativas diferenças. Nesse sentido, confira-se: ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 105.

⁴² ÁVILA, H. B., *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 30. Em mesmo vetor ALEXY, R., *op. cit.*, p. 54; VALE, A. R., *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais*, p. 14; SGARBI, A., *Teoria do Direito: primeiras lições*, p. 504 et. seq.. Essa última obra extremamente valiosa pela abordagem didática e clara que faz do assunto.

⁴³ Serão tomados como sinônimos: texto, disposição, enunciado normativo, disposição normativa e texto normativo.

⁴⁴ VALE, A. R., *op. cit.*, p. 14 ressalta que: “considerando-se que as normas são resultado da interpretação das disposições (textos), haverá tantas normas de direitos fundamentais quantas interpretações forem possíveis de uma mesma disposição de direito fundamental.”. Nelson Nery em mesmo vetor dispara: “*Norma* é o sentido atribuído a qualquer disposição. *Disposição* é a parte de um texto a se interpretar. Norma é a parte do texto interpretado. A normatividade não se relaciona com o texto da norma, é o resultado da interpretação que se apresenta como uma norma jurídica. O que, diferentemente, caracteriza o ‘texto da norma’ é a sua *validade*, que consiste de um lado, na obrigação dirigida aos destinatários da norma de conformarem com esta o seu comportamento e, do outro, na obrigação dirigida ao juiz (ou a autoridade habilitada a interpretar) de utilizar na sua integralidade os textos das normas jurídicas adequados ao caso particular e de trabalhar corretamente de um ponto de vista metódico. A teoria da norma jurídica repousa na idéia fundamental de que a norma, objeto da interpretação, não se identifica com o texto, antes se

normas, já que pode uma norma resultar da interpretação de várias disposições normativas⁴⁵ ou até mesmo de nenhuma disposição específica⁴⁶, bem como é possível existir enunciado normativo e dele não defluir nenhuma norma⁴⁷; ou de uma única disposição defluírem várias normas.⁴⁸

Diga-se mais, é possível existir diferentes formas de expressar o enunciado normativo, resultando em norma única. A norma que proscree a utilização de provas ilícitas no processo recebeu, no direito brasileiro, mais de um dispositivo.

apresenta como resultado de um trabalho de *construção*, designado de *concretização*. Importante destacar que essa distinção entre texto normativo e norma também é feito pelos analíticos, por exemplo, Guastini. Na nomenclatura de Guastini, o texto representa o enunciado ou parte de um enunciado legislativo, enquanto a norma consiste na interpretação desse enunciado. Norma seria a interpretação conferida a um texto (enunciado), parte de um texto ou combinação de um texto. Não existe norma antes da interpretação ou independentemente dela. Interpretar é produzir uma norma, a norma é um produto de um intérprete.” (NERY, N., *Princípios do Processo na Constituição: processo civil, penal e administrativo*, p. 24-25). Quanto ao papel do intérprete no processo de definição da norma jurídica, cf. SGARBI, *Teoria do direito: primeiras lições*, p. 427 et. seq..

⁴⁵ É o caso das redações complementares, cuja compreensão da norma resulta da congregação de uma série de textos normativos que apresentam composição complementar (Cf. SGARBI, op. cit., p. 506). Seria exemplo emblemático dessa categoria a norma resultante de um tipo penal em branco (“norma penal em branco”) com a complementação advinda de outra disposição legal ou regulamentar. Dentro da dogmática constitucional, é possível entrever que aquelas normas classificadas como programáticas de preceito institutivo, em grande parte, podem se inserir nessa categoria.

⁴⁶ As normas implícitas não têm relação direta com um determinado dispositivo, surgem da relação com outras normas, ou seja, de dispositivos interpretados. Seria o caso, por exemplo, de uma norma obtida através da analogia ou dos costumes (Cf. SGARBI, op. cit., p. 506). Na interpretação constitucional, não raro, os tribunais se valem da chamada “*Teoria dos Poderes Implícitos*”, a qual mediante interpretação judicial confere eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional. Com efeito, a Constituição (e as leis em geral) não deve ser interpretada pelo chamado “método gramatical”, mas segundo concepção teleológica, de modo que o legislador a confiar certa atribuição a um dado órgão, confiou-lhe também poderes para o fiel exercício de seu múnus. Humberto Bergann Ávila, nesse particular, lembra que não há dispositivo que contemple segurança jurídica e certeza do direito, no entanto ninguém nega a existência de tais normas (ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 30). Relembre-se também, pela importância ao modelo constitucional de processo, a existência de norma que veda o uso indiscriminado de algemas, que muito embora não arranque dispositivo no vigente Código de Processo Penal teve o seu reconhecimento cristalizado na Súmula Vinculante nº. 11 (“Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”).

⁴⁷ Quando a redação de um determinado dispositivo é ininteligível não é possível levantar qualquer significação dele, ou seja, apesar da existência de um texto emanado de autoridade competente, nenhuma norma dele deflui (Cf. SGARBI, *Adrian. op. cit.*, p. 505). Outras vezes, o texto emanado da autoridade competente nada mais faz que externar opiniões doutrinárias, sem conteúdo vinculante, como por exemplo, as leis de exposição de motivos (e.g. Lei nº 7.209/84). Na dogmática constitucional, lembre-se da ADIN 2.076 - AC, na qual o Supremo deixou assentado que da expressão “*sob a proteção de Deus*”, constante do Preâmbulo Constitucional não deflui comando normativo vinculante, de repetição obrigatória por parte dos Estados-membros. Em suma: pode existir texto e inexistir norma.

⁴⁸ Veja-se, por exemplo, o caso do enunciado que assevera ser a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Evidentemente, são incontáveis as normas que poderão ser havidas da interpretação desse dispositivo.

No art. 5º, LVI, da CR/88, lê-se:

São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

O art. 157, do Código de Processo Penal, permite colher a mesma norma, conquanto o texto tenha significativas diferenças:

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

A norma em questão poderia, por exemplo, ser expressa por outros enunciados⁴⁹. Veja-se:

- (a) No processo, as provas obtidas por meios ilícitos serão inadmitidas.
- (b) No processo, somente as provas lícitas serão admitidas.
- (c) É vedada, no processo, a utilização de provas ilícitas.
- (d) No processo, só será admissível a utilização de provas lícitas.
- (e) No processo, será admissível a utilização de provas lícitas.

Assim, é possível que a interpretação repouse sobre diferentes enunciados normativos (objetos), sem que disso decorram diferentes normas (resultados). Essa distinção entre norma e enunciado normativo é importante para a compreensão da dogmática dos direitos fundamentais. A vista dessa observação, destaque-se que Robert Alexy *recomenda* que os critérios para a identificação de normas sejam buscados no nível da norma, e não do enunciado normativo⁵⁰. Com efeito, a distinção entre regras e princípios é feita a partir da norma e não da disposição normativa. São as normas que possuem diferenças quanto à estrutura, quanto à colisão e quanto às obrigações que instituem; os enunciados normativos não. Em razão da observação feita pelo autor, é importante ingressar no plano normativo para uma melhor distinção entre regras e princípios.

⁴⁹ O autor faz a distinção entre norma e enunciado normativo se valendo da norma que veda a extradição de alemães que poderia ser expressa pelas fórmulas: “é proibido extraditar alemães”, “alemães não podem ser extraditados” e “alemães não serão extraditados” (Cf. ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 54 et. seq.).

⁵⁰ ALEXY, R., op. cit., p. 54.

3.5.3

Normas jurídicas: regras e princípios

O Direito é composto de inúmeras normas, que visam disciplinar o comportamento humano, quer seja coibindo condutas que do ponto de vista social se revelam perniciosas, quer seja fomentando condutas socialmente adequadas⁵¹. Enfim, o Direito por meio de suas normas faz prescrições de condutas, balizando o comportamento humano.

Adrian Sgarbi adverte que muito embora a afirmação de que o Direito é composto por normas jurídicas seja correta, “ela pode dar a impressão, equivocada, de o universo normativo não ser matizado, ou seja, de não haver, entre normas, algumas sutilezas mais expressivas.”⁵²

Por essa razão, é bom ter em conta que as normas jurídicas constituem gênero dos quais são espécies as *regras* (normas-regra) e os *princípios* (normas-princípio), na medida em que tanto as regras quanto os princípios estabelecem o *que deve ser*. Em suma: “toda norma é ou uma regra ou um princípio.”⁵³

Nesse passo, cumpre registrar que a distinção entre regras e princípios não é tema recente. No entanto, parece que a doutrina está longe de chegar a um consenso quanto aos seus critérios distintivos, de sorte que sobre o tema se travou e ainda se trava acirrados debates, cujas conseqüências práticas refogem ao mero academicismo.⁵⁴

Com efeito, é justamente do fato de existir uma acirrada divergência quanto aos critérios distintivos⁵⁵ entre regras e princípios que cabe uma observação

⁵¹ Não se pode olvidar que as normas jurídicas têm também uma atribuição ‘constitutiva’, cuja tarefa é “compor a malha institucional necessária para o funcionamento das ‘peças do direito’”. Cf. SGARBI, A., *Teoria do Direito: primeiras lições*, p. 120 et. seq..

⁵² SGARBI, A., *op. cit.*, p. 226.

⁵³ ALEXY, R., *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 91.

⁵⁴ Com efeito, o próprio Robert Alexy é incisivo ao afirmar a distinção entre princípios e regras “é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”. Mais a frente prossegue o autor: “A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício dos direitos fundamentais” (ALEXY, R., *op. cit.*, p. 85).

⁵⁵ Apontando as várias opções metodológicas de classificação de princípios, cf. NERY JUNIOR, N., *Princípios do Processo na Constituição: Processo civil, penal e administrativo*, p. 25 et. seq.;

preliminar, que permite rechaçar alguns equívocos ou confusões que podem surgir ao longo do texto.

É que o texto segue utilizando a proposta distintiva forte entre regras e princípios, feita por Robert Alexy, na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de forma que a identificação de cada uma dessas espécies de normas parte desse marco teórico, justamente para evitar confusões terminológicas ou a utilização de traços distintivos cujos critérios eleitos são diferentes, malgrado hajam algumas concessões feitas a outros modelos teóricos que elegem um critério de demarcação forte entre regras e princípios (e.g. o modelo dworkiniano).

A toda evidência, não se trata de reputar o traço distintivo eleito pelo alemão como melhor ou pior do que aqueles empregados por outros autores, mas de estabelecer uma baliza conceitual. Aliás, a eleição do marco teórico serve justamente para evitar o tráfego por terreno pantanoso que tornaria absolutamente contraproducente a pesquisa, máxime porque a ela (a pesquisa) não se propõe a catalogar as cizânias doutrinárias sobre critérios distintivos entre regras e princípios.

Jane Reis Gonçalves Pereira e Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, com acerto, anotam que a doutrina nacional não tem dado a devida atenção às implicações teórico-metodológicas que a adesão a uma ou outra teoria gera, limitando-se, quando muito, a apontar critérios diferenciadores de forma indiscriminada, sem tomar em conta que muitos desses critérios não permitem uma compreensão mais adequada da própria distinção.⁵⁶

Demais disso, com bem ressalta Virgílio Afonso da Silva, as classificações - “desde que metodologicamente sólidas – dificilmente podem ser julgadas com base em um maniqueísmo bom/ruim. Classificações, em geral, têm diferentes objetivos, e sua qualidade não pode ser avaliada de forma generalizante.”⁵⁷

Na doutrina é comum distinguir os princípios das regras, atribuindo-se, aos primeiros, um alto grau de abstração ou generalidade, ao passo que as regras têm essas características bastante reduzidas⁵⁸. Há também quem atribua aos princípios

VALE, A. R., *Estrutura da norma de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*, p. 41 et. seq..

⁵⁶ PEREIRA, J. R. G.; SILVA, F. D. L. L. de. *Estrutura normativa das normas constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras*, p. 14-15.

⁵⁷ SILVA, V. A., *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 44.

⁵⁸ Robert Alexy discorrendo sobre o critério da generalidade pontua: “Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da

menor grau de determinabilidade, por conta de sua vagueza e imprecisão, necessitando de mediações concretizadoras; as regras, por sua vez são suscetíveis de aplicação direta, prescindindo-se dessa mediação⁵⁹. Também não se pode olvidar daqueles que refutam peremptoriamente qualquer possibilidade de distinção entre princípios e regras, a exemplo de Aulis Aarnio *in Taking Rules Seriously*.⁶⁰

Robert Alexy, no entanto, salienta que o critério de distinção entre princípios e regras é estrutural e qualitativo, na medida em que para o autor os princípios são *mandamentos de otimização*. Em sendo assim, a demarcação forte entre regras e princípios é norte para a distinção entre as espécies normativas, ou melhor, é pressuposto para o desenvolvimento do tema.

3.5.4

A distinção entre regras e princípios

3.5.4.1

Uma observação preliminar

Uma norma jurídica é uma regra ou é um princípio, eis a formulação básica da distinção forte das espécies normativas. A norma jurídica é gênero do qual são espécies as regras e os princípios, de modo que a distinção entre uma espécie e outra se dá no plano lógico ou qualitativo. Segundo esse critério forte de distinção, é incorreto afirmar que a distinção entre regras e princípios se opera segundo o grau de generalidade e abstração (*distinção fraca*). Igualmente, não é pela importância ou pela fundamentalidade de uma norma que é possível

generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo” (ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 87).

⁵⁹ CARVALHO, K. G., *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional positivo*, p. 437, et. seq..

⁶⁰ AULIS, A., *Taking rules seriously* (apud) SILVA, V. A. S., *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p 31. Alexy aponta outros critérios, como por exemplo, o da forma do surgimento, o do caráter explícito de seu conteúdo axiológico, o da referência da idéia de direito ou a uma lei jurídica suprema e importância para ordem jurídica (ALEXY, *Teoria dos Direitos fundamentais*, p. 88).

identificar uma regra ou um princípio, à luz da demarcação forte.⁶¹

Não tenho dúvidas de que a garantia de não ser processado ou sentenciado com base em provas obtidas por meios ilícitos - em face do seu inegável conteúdo ético-jurídico -, encontra-se na base da estruturação de toda a disciplina probatória, consubstanciando um dos mais elementares preceitos constitucionais de proteção da pessoa humana submetida a um processo. Sob essa perspectiva, a proscrição de utilização de provas ilícitas seria mesmo um princípio; também seria um princípio a exigência de motivação de toda decisão judicial, sob pena de nulidade, ou, ainda, a exigência de publicidade dos atos processuais. No entanto, essa afirmação só pode ser feita se se estiver partindo de uma distinção fraca de regras e princípios, uma vez que à luz dos critérios de distinção forte essas normas só poderiam ser etiquetadas como regras jurídicas.

Na doutrina e na jurisprudência não raro se verifica a confusão existente quanto a esses critérios distintivos; classificam uma norma como princípio, segundo critério de distinção fraca, e em outra oportunidade, resolvem conflitos normativos envolvendo esses “princípios”, valendo-se de critérios forjados para distinção forte entre as espécies normativas⁶². Obviamente, essa confusão – que

⁶¹ Partindo de uma distinção *fraca* entre regras e princípios: OLIVEIRA, E. P., *Curso de Processo Penal*, p. 27; ALENCAR, R. A. R. C.; TÁVORA, N., *Curso de Direito Processual Penal*, p. 48. ALMEIDA, R. M., *Teoria Geral do Processo*, p. 29-30. Este último tem definição tautológica de princípio: “vocábulo princípio, no campo jurídico, pode ser empregado no sentido de regra fundamental, regra padrão ou regra paradigma à ciência do direito” (ALMEIDA, R. M., *op. cit.*, p. 30). A tautologia da definição vem do fato de que se as regras se fundam nos princípios e os princípios são *regras* fundamentais, pergunta-se: o que é regra e o que é princípio?! Advirta-se, porém, que a maioria da doutrina parte dessa demarcação fraca entre as espécies normativas e isso não é de per si um problema.

⁶² Maria Berenice Dias, por exemplo, partindo de um sistema *híbrido* assevera: “O ordenamento jurídico positivo compõe-se de princípios e regras cuja diferença não é apenas de grau de importância. Acima das regras legais existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem **suporte axiológico**, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico. (...) Os **princípios** são normas jurídicas que distinguem das regras não só pelo **auto grau de generalidade**, mas também por serem **mandatos de otimização**. Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam. Devem ter conteúdo de **validade universal**. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios. Se exceções forem admitidas, não estará frente a um princípio, mas uma regra concorrente ou subordinada a outra que lhe é incompatível ou contrária. Um princípio, para ser reconhecido como tal, deve ser subordinante, e não subordinado às regras. Os princípios se harmonizam na feliz expressão ‘diálogo das fontes’ as **regras** são normas que incidem sobre a forma ‘tudo ou nada’, o que não sucede com os princípios. Quando, aparentemente duas regras incidem sobre o mesmo fato é aplicada uma ou outra. Segundo critérios hierárquico, cronológico ou de especialidade, aplica-se uma regra e considera-se a outra inválida. As regras podem ser cumpridas ou não, contêm determinações de âmbito fático e jurídico com **baixa densidade de generalização**. A partir do transbordamento dos princípios constitucionais para todos os ramos do direito, passou-se a enfrentar o problema do **conflito de princípios** ou colisão de direitos fundamentais nessas hipóteses - que não são raras, principalmente em sede de

tem feito escola - resulta em uma completa deformidade na aplicação dos direitos fundamentais.⁶³

Se em relação à teoria da distinção fraca a precisão dos critérios capazes de distinguir as regras dos princípios assumem uma posição secundária; a teoria da distinção forte preza pela nitidez desses critérios porque são de capital importância na dinâmica de interpretação e aplicação da norma constitucional.

A Constituição brasileira prestigia vários princípios contrastantes – não se poderia esperar mesmo coisa diferente de uma Constituição plural. Assim, parece

direito das famílias -, é mister invocar o princípio da **proporcionalidade**, que prepondera sobre o princípio da estrita legalidade. Não cabe a simples anulação de um princípio para a total observância do outro. É preciso preservar, tanto quanto possível as garantias momentaneamente antagônicas, sem privar qualquer delas de sua substância elementar. Quando dois princípios incidem sobre determinado fato o conflito é solucionado levando-se em consideração o peso relativo de cada um. Há ponderação entre os princípios e não opção por um deles em detrimento do outro. Havendo conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado já está determinado *a priori* em favor do princípio, hoje absoluto da dignidade da pessoa humana.” (DIAS, M. B., *Direito das Famílias*, p. 55-56 – destaques nos original). Perceba-se que no texto a autora ora sugere uma demarcação forte, ora uma demarcação fraca.

⁶³ Virgílio Afonso da Silva percebendo os graves equívocos terminológicos que podem surgir da palavra *princípio* faz desabafo que, posto que longo, merece transcrição: “O termo *princípio* é plurívoco. Isso, em si, não significa nenhum problema. Problemas só surgem a partir do momento em que o jurista deixa de perceber esse fato e passa a usar o termo como todos os autores que a ele fazem referência o fizesse de forma unívoca. E o que tem acontecido com a recepção da teoria dos direitos fundamentais de Alexy no Brasil. Não são poucos os trabalhos – e não somente na área constitucional – que têm usado a distinção de Alexy entre princípios e regras como ponto de partida. O grande problema é que, a despeito de se partir dessa distinção, no correr desse trabalho o termo *princípio* continua a ser utilizado em seu sentido tradicional, seja por meio da Clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual princípios são ‘mandamentos nucleares’ ou ‘disposições fundamentais’ de um sistema, ou ainda da definição de Canotilho e Vital Moreira, que definem princípios como ‘núcleos de condensações’. Com já referido, o problema não reside na existência de diversas definições. Nem é o caso de discutir qual definição é mais correta. Mas se se parte, por exemplo, da definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que expressa bem o que o jurista brasileiro costuma entender por princípio, é preciso rejeitar a distinção de Alexy. Isso porque o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma em questão. Como visto acima, uma norma é um princípio não por ser fundamental, mas por ter uma *estrutura* de um mandamento de otimização. Por isso, um princípio pode ser “mandamento nuclear de um sistema”, *mas pode também não ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não de sua fundamentalidade. O mesmo vale para as regras. Pode haver regras que sejam disposições fundamentais do sistema, mas isso é irrelevante para a sua classificação. Isso fica claro quando alguns autores, a despeito de usarem distinção de Alexy como ponto de partida, elaboram classificações de princípios constitucionais que inserem, na categoria dos princípios, normas que, se coerentes com a forma de distinção proposta por Alexy, deveriam ser consideradas como regras (...) falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, *essas normas são regras, não princípios*. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses ‘mandamentos fundamentais’ de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria de regras.” (SILVA, V. A., *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, p. 35-36).

natural que alguns deles entrem em rota de colisão.⁶⁴

Na atualidade, tem-se como pacífico que os clássicos critérios de solução dos conflitos normativos – cronológico, hierárquico e da especialidade – se afiguram insuficientes no âmbito da interpretação constitucional, sendo indispensável certa flexibilidade para acomodação de princípios antagônicos. Do mesmo modo, a constante flexibilização das normas constitucionais implicaria em completo esvaziamento de sua força normativa, em especial quando essa norma contém todos os elementos necessários à sua aplicação. Nesse passo, a teoria da distinção forte se revela mais adequada por conceber um sistema normativo que contém em si um certo equilíbrio entre a vinculação e a flexibilidade, resultante das mais diversas normas.⁶⁵

A teoria da distinção forte entre regras e princípios foi bastante influenciada pelas idéias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, por isso parece de todo conveniente passar esses critérios, ainda que de forma breve, em revista.

3.5.4.2

A distinção forte de regras e princípios de Ronald Dworkin

A distinção forte entre regras e princípios foi desenvolvida no Direito Norte Americano por Ronald Dworkin, no famoso artigo “*O modelo de Regras*”.

Segundo o autor, as regras são aplicadas disjuntivamente, à maneira do tudo ou nada (*all or nothing fashion*).

Assim, subsumindo o fato a um modelo previsto em uma regra válida e não sendo esta subsunção uma hipótese de exceção, sua consequência é de rigor. Existem, portanto, duas formas de afastar a consequência de uma regra, quais sejam: a) cria-se uma hipótese de exceção ou b) declara-se a invalidade de uma delas (regras). Enfim, no conflito normativo regra-regra, não podem as duas ser consideradas válidas, salvo se uma delas consistir em exceção.

Os princípios, por seu turno, não estabelecem uma decisão definitiva, mas apenas conduzem o intérprete para uma direção. Os princípios são concorrentes,

⁶⁴ Nesse sentido. Cf. BARROSO, L. R., *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 51.

⁶⁵ No sentido que vai no texto: PEREIRA, J. R. G.; SILVA, F. D. L. L., *Estrutura normativa das normas constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras*, p. 21-22.

de modo que um não invalida os outros, mesmo quando apontar para direção oposta à daquele em contraste. A força relativa dos princípios exige do julgador uma mensuração do seu peso ou importância, pois um princípio que em um caso cede lugar a outro poderá em outra oportunidade, sob outras condições, revelar-se mais importante, conduzindo a decisão para outros rumos.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão. (...). Sem dúvidas, uma regra pode ter exceções (...)⁶⁶. Um princípio como “nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz ao argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular. (...) Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção (...) Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio poderá ser decisivo. Tudo que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levando em conta pela autoridade pública, como [se fosse] uma razão que inclina numa outra direção.⁶⁷

A demarcação forte entre regras e princípios trazida por Dworkin influenciou sobremaneira a teoria dos princípios de Robert Alexy. Para o alemão, Dworkin, ao adotar para os princípios a noção de peso, não conseguiu explicar porque princípios e regras entram em formas de colisão diferenciadas; partindo dessa crítica ele elabora a sua teoria normativa.

3.5.4.3

A distinção forte de regras e princípios de Robert Alexy

A) NOÇÃO GERAL

A demarcação forte entre regras e princípios de Robert Alexy tem vários

⁶⁶ DWORKIN, R., *Levando os direitos a sério*, p.39.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 41-42.

pontos de contato com a proposta feita por Ronald Dworkin, mas dela difere principalmente por considerar os princípios como *mandamentos de otimização*.

Para Robert Alexy a distinção entre *regras* e *princípios* se encontra na *estrutura da norma*, na forma em que se constitui o *dever ser*.

As *regras*, quando aplicáveis ao caso concreto, estabelecem direitos definitivos, que deverão ser realizados em sua integralidade, ou tudo ou nada. O *modus operandi* das regras, na teoria do alemão, tal qual na teoria dworkiniana, se dá de forma disjuntiva, conquanto se admita a criação de exceções por princípios⁶⁸. De modo geral, para Alexy, as obrigações instituídas por normas-regras não são superadas por outras normas que jogam em sentido contrário. Nas palavras do autor:

Já as *regras* são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.⁶⁹

Nessa senda, os direitos e obrigações instituídos por meio de regras, porquanto *mandamentos definitivos* (absolutos), não se sujeitam às condições normativas para sua implementação. Os casos de antinomia entre regras são dirimidos por critérios de validade, ou seja: a) declara-se a invalidade de uma regra em relação à outra, ou, b) cria-se hipóteses de exceção. Da mesma forma, as regras não se condicionam a limites fáticos porque a sua incidência (ou não) se situa no plano do *dever ser*, na ordem normativa. É justamente por isso que é possível a verificação da validade da regra no plano abstrato, não comportando gradações. Quanto a esse ponto, retomaremos mais adiante quando formos tratar das colisões entre regras.

Em relação aos princípios, não é possível falar em realização integral, porquanto essa categoria de normas exige que algo seja realizado na maior medida possível – os princípios constituem razões *prima facie*. A realização dos

⁶⁸ A principal diferença da concepção de regras do modelo de Alexy em relação ao modelo proposto por Dworkin está na criação da cláusula de exceção, que pode ser feita por meio de regras ou princípios, já que não é possível prever todos os casos em que será necessário criar uma nova cláusula de exceção. No entanto, o autor adverte que “uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio sustentado pela regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida.” (ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 105). O tema será retomado adiante.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 91.

princípios é variável, condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Dessa forma, há certo grau de variabilidade na realização dos princípios, o que em geral acaba resultando, com bem observa Virgílio Afonso da Silva, em uma “realização parcial da norma”⁷⁰. De todo modo, é no caso concreto que é possível divisar quais são as possibilidades fáticas e jurídicas que permitirão essa satisfação ótima do princípio.

Robert Alexy apontando os traços distintivos dos princípios em relação às regras registra:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.⁷¹

Observe-se que a realização máxima de um princípio depende não apenas de possibilidades fáticas a ensejarem a sua concreção, mas também de possibilidades jurídicas, na medida em que a implementação total de um princípio raramente não será restringida pela esfera de proteção de outro ou de outros princípios⁷² com ele colidentes. É justamente dessa circunstância que exsurge a temática das *possibilidades jurídicas*, como causas limitativas da implementação dos princípios.

Tudo isso considerado, força convir que apenas em situações extraordinárias onde confluam condições fáticas e jurídicas é que se poderia falar em plena concretização de normas, do tipo princípio.

B) DA COLISÃO ENTRE NORMAS

Adrian Sgarbi pontua que não há uma organização entre os materiais produzidos pelas autoridades normativas, sendo ingênuo pensar que o

⁷⁰ SILVA, V. A., *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 45.

⁷¹ ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90.

⁷² SILVA, V. A., op. cit., p. 46.

ordenamento jurídico tem uma coerência intrínseca⁷³. Enfim, é comum encontrar no sistema jurídico *conflitos* entre normas, dos mais variados.

Não obstante as incoerências e as contradições existentes no tecido normativo, não podem os aplicadores do direito se furtarem do dever de dirimir as questões que lhes são postas.

Visando superar *crises normativas* a doutrina, já de há muito, tem se preocupado em estabelecer técnicas aptas a fornecer ao intérprete/aplicador do Direito caminhos seguros (ou mais seguros) na obtenção de soluções para os conflitos normativos.

De todo modo, em se considerando a existência de diferenças qualitativas entre regras e princípios, nada mais natural que as soluções para os conflitos normativos considerem essas diferenças.

Pois bem. Antes de tudo, é bom que se diga que condição elementar para que esteja configurado o conflito normativo, seja ele na colisão entre princípios, seja ele no conflito de regras, é que exista pluralidade de normas, que quando analisadas de per si, levam a resultados contraditórios, inconciliáveis entre si.⁷⁴

C) DO CONFLITO ENTRE REGRAS

Ora, se as regras são normas que devem ser satisfeitas, ou não, em sua integralidade, porquanto estabelecem direitos e obrigações definitivos, regidos pela lógica do tudo ou nada, a solução para o conflito entre regras deve ter em conta essa rigidez; não há relatividade, meio-termo; ou a regra é válida ou não é; ou se aplica ou não se aplica, nem mais, nem menos.⁷⁵

Para Alexy um conflito entre regras pode ser solucionado de duas formas, ou criando uma hipótese de exceção à regra ou pela declaração de invalidade de uma delas.⁷⁶

No primeiro caso (inserção de cláusula de exceção à regra), a lei subtrai do

⁷³ SGARBI, A., *Teoria do Direito: primeiras lições*, p. 653 et. seq..

⁷⁴ Nas palavras do alemão: “Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios.” (ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 91-92).

⁷⁵ *Ibid.*, p. 91.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 92.

campo de incidência da regra uma determinada hipótese, justamente para evitar o choque normativo.

Para exemplificar, pode-se colher do art. 150, § 4º, II e §5º, I do Código Penal brasileiro um caso emblemático. A teor do disposto no art. 150, § 4º, II do CPB, é possível inferir que o quarto de hotel ocupado por um hóspede, porquanto seja aposento ocupado de habitação coletiva, se insere no conceito de “casa” para os efeitos legais. No entanto, o art. 150, § 5º, I do CPB dispõe que não se etiqueta como casa a hospedaria, a estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta. Observe-se que o art. 150, § 4º, II e o § 5º, II todos do CPB, se isoladamente considerados, levariam a resultados inconciliáveis entre si, razão pela qual andou bem o legislador ao acrescentar no final do inc. II, do § 5º do art. 150, do CPB, uma hipótese de exceção vazada na expressão “*salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior*”, de forma a eliminar o conflito de regras.

Também é possível citar, a título de exemplo, a regra constitucional que prevê a irretroatividade da lei penal – “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL, da CR/88). Não fosse a criação da cláusula de exceção estaria generalizada a impossibilidade de retroprojeção da lei. À conta disso, não seria possível aplicar ao condenado tratamento mais benéfico, concedido por lei posterior, uma vez que não era ela, à época do cometimento da infração, a lei de regência. Até mesmo nos casos de *abolitio criminis* o magistrado não estaria autorizado a aplicar o novo regramento.

Quando inexistir cláusula de exceção, a solução do conflito entre regras irá reclamar a declaração de invalidade de uma delas, de sorte que a regra declarada inválida será extirpada do sistema jurídico.⁷⁷

O conflito entre regras se resolve pela lógica do tudo ou nada (*all or nothing fashion*), justamente porque ele é dirimido no âmbito da validade. Ou uma regra vale ou não vale, porque a validade jurídica não é graduável, não comporta meios-termos.⁷⁸

Assim, não podem duas regras que estabelecem conseqüências diversas para o mesmo suporte fático serem pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico. Alexy adverte que se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa também que sua conseqüência jurídica é válida. Não é possível que dois

⁷⁷ ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 92.

⁷⁸ *Ibid.*, loc. cit.

juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.⁷⁹

D) DA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Se o conflito entre regras é dirimido exclusivamente no âmbito da validade, o mesmo não pode ser tido como verdadeiro em relação aos princípios, notadamente porque a estrutura da norma-princípio é completamente diferente daquela da norma-regra.

Na colisão entre princípios não é necessária a declaração de invalidade, tampouco a inserção no ordenamento jurídico de cláusulas de exceção.

Virgílio Afonso da Silva anota que “o que ocorre quando dois princípios colidem – ou seja, prevêm conseqüências jurídicas incompatíveis para o mesmo ato, fato ou posição jurídica – é a fixação de *relações condicionadas de precedência*”⁸⁰. Isso se dá porque enquanto as regras se guiam pela lógica do tudo ou nada, os princípios são *mandamentos de otimização* que deverão ser aplicados na *maior medida possível*, considerando-se as possibilidades fáticas e jurídicas do caso. Nessa senda, os princípios, diferentemente das regras, que contém mandamentos definitivos, possuem um caráter *prima facie*, ou seja, apenas direcionam a decisão. O fato de um princípio valer e incidir no caso concreto não significa que ele determinará necessariamente a solução.

A colisão entre princípios só pode ser solucionada sopesando as possibilidades fáticas e jurídicas nas quais tal conflito normativo se insere. É que um princípio irá ter precedência sobre o outro, sob determinadas condições, de sorte que, alteradas essas condições ou sob outras condições, a solução para o caso poderá ser diametralmente oposta. É o caso concreto que irá determinar qual é a solução ótima para a colisão entre princípios, porquanto nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes, e aquele com maior peso tem precedência

⁷⁹ ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 92.

⁸⁰ SILVA, V. A., *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 50.

sobre o outro.

A vista disso, o princípio que no caso concreto tem peso inferior ao outro não é reputado inválido e nem extirpado da ordem jurídica, ele tão-somente cede lugar ao outro que se encontra em relação de precedência. Igualmente, não existe princípio que irá ter sempre precedência em relação a outro ou outros, porquanto na solução da colisão entre princípios haverá de se ter em conta as possibilidades fáticas e jurídicas. Enfim, os princípios não comportam hierarquia, todos se situam em mesmo nível.⁸¹

Como a tensão entre princípios não pode ser resolvida por meio de um estabelecimento de relação de precedência absoluta de um sobre o outro, por inexistir hierarquia entre eles, é que Alexy pontua que o conflito entre eles deve ser dirimido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes, com vistas a estabelecer qual dos princípios deverá ter maior peso no caso concreto.⁸²

D.1) A LEI DE COLISÃO

Como vimos a pouco, subsumindo um fato ao suporte fático de uma regra válida, desde que não configurada uma hipótese de exceção, a solução aventada pela norma deve ser aplicada, ou seja, a consequência nela prevista deve se seguir. Não é possível existir duas regras, pertencentes ao mesmo sistema jurídico, disparando em sentidos contrários. Desse modo, o conflito entre regras é sempre aparente, ou porque uma delas não é válida, ou porque uma dessas regras configura hipótese de exceção à outra. Em outras palavras, apenas uma delas constitui *mandamento definitivo* para o caso. Apenas uma delas é, para esse ordenamento jurídico, válida.

A colisão entre princípios se resolve de forma completamente diferente, porque é na dimensão do peso que se situa a controvérsia. Realmente, no choque

⁸¹ É bem verdade que Alexy atribui ao princípio da dignidade humana precedência sobre os demais. Isso só é possível, sem contrariar a sua teoria dos princípios, porque o autor atribui um peso abstrato ao princípio. Desse modo, a relação de precedência determinada sempre em favor do princípio da dignidade humana só é possível, no plano lógico, atribuindo-se peso abstrato a esse princípio. Vale dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana quando em confronto com outro princípio não perderia nunca, porque nesse caso o princípio teria natureza de regra. Cf. ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 111-114.

⁸² *Ibid.*, p. 95.

entre princípios são as possibilidades fáticas e jurídicas que irão determinar qual deles exercerá *precedência* sobre o outro. Evidentemente que se alterando essas possibilidades fáticas e jurídicas subjacentes a solução *poderá* ser diferente. Percebendo a influência das possibilidades fáticas e jurídicas para a solução dos conflitos entre princípios, Alexy propõe a criação da lei de colisão.⁸³

Nesse contexto, a lei de colisão se presta a explicar sob quais condições um princípio exerce uma relação de precedência sobre o outro.

Um princípio, *P1*, nem sempre prevalecerá sobre outro princípio, *P2*, porque essa relação de precedência depende de certas possibilidades fáticas e jurídicas. Considerando-se que *C* representa as condições nas quais o princípio *P1* tem maior peso que o princípio *P2*, é possível estabelecer que: $(P1 \mathbf{P} P2) C$; e se *P1*, diante de *C* estabelece consequência *R* - $[(P1 \mathbf{P} P2) C \rightarrow R]$ -, a lei de colisão estabelece uma regra, qual seja, diante de *C*, aplica-se *R*. De forma esquemática: $C \rightarrow R$.

Se *P1* é um direito fundamental cuja ofensa é sancionada com *R*, é possível afirmar que uma ação que preenche *C*, sob a ótica dos direitos fundamentais, é proibida. Desse modo, *C* além de ser condição de precedência, serve para indicar comportamentos desautorizados, do ponto de vista dos direitos fundamentais, por mais variáveis que possam ser as ações que *C* possa albergar (vale dizer: se *a*, *b*, *c* e *d* preenchem *C*, logo, pode-se afirmar que *a*, *b*, *c* e *d* são comportamentos que violam o direito fundamental, consagrado pelo princípio *P1*). De igual modo, *C* é o suporte fático de uma regra que deflagra consequência *R*, pois, $C \rightarrow R$.

Alexy demonstrando a importância da criação da lei de colisão se vale do caso Labach. Nos termos propostos pelo alemão, uma emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário sobre os assassinatos de soldados em Labach. Esse documentário tinha como objetivo contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, nas proximidades da cidade de Labach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o escopo de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que na época prevista para a exibição do programa, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição desse

⁸³ Cf. ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 94 et. seq..

programa, no qual seu nome era expressamente citado e sua foto divulgada, violaria seu direito fundamental à imagem, comprometendo inclusive sua ressocialização. O ex-soldado após ter seu pedido de medida cautelar para proibir a exibição do programa negado pelo Tribunal Estadual e Superior Tribunal Estadual, ajuizou uma reclamação constitucional contra essas decisões. O Tribunal Constitucional Federal acolheu a pretensão do ex-soldado fundando sua decisão em alguns pontos que permitem entrever a criação da lei de colisão.

De um lado, o princípio *PI* (direito à imagem) conduziria a decisão para a negativa da divulgação do noticioso; de outro lado *P2* (liberdade de expressão), conduziria a decisão para a permissão da exibição do programa.

Veja-se que *PI* e *P2* são válidos, fincados em mesmo patamar hierárquico e ambos de fundamentalidade indiscutível. Evidentemente, nenhum deles pode pretender uma precedência geral sobre o outro. Se essas duas últimas frases estão corretas, há uma colisão entre esses princípios, o que conduz o intérprete a uma solução arrimada na técnica de sopesamento, a qual leva em consideração a configuração típica do caso e suas circunstâncias especiais (“*as possibilidades fáticas e jurídicas*”). Assim, é possível que uma eventual decisão em que se discuta a tensão entre esses princípios, curve-se tanto para um lado (*PI*) quanto para o outro (*P2*), a depender do contexto (*C?*).

O Tribunal Constitucional Federal alemão anotou que uma notícia atual, de interesse público, sobre um crime grave, configura condição (*CI*) necessária para que na tensão entre a imagem do ex-soldado (*PI*) e a liberdade de expressão (*P2*), a notícia seja divulgada (*RI*). A lei de colisão poderia assim ser expressa: (*P2 P PI*) $CI \rightarrow RI$, de forma esquemática, $CI \rightarrow RI$. No entanto, uma notícia repetida, não revestida de interesse atual pela informação, sobre um crime grave, capaz de comprometer a ressocialização do indivíduo, configura condição (*C2*) necessária para que no conflito entre a imagem do ex-soldado (*PI*) e a liberdade de expressão (*P2*), seja proibida a exibição do documentário (*R2*). De modo que a lei de colisão se configuraria do seguinte modo: (*PI P P2*) $C2 \rightarrow R2$, ou simplesmente, $C2 \rightarrow R2$. A vista da constatação de que no caso *P2* exerceu relação de precedência em face de *PI*, o Tribunal Federal Constitucional alemão proibiu a exibição do programa (*R2*).

Uma última observação é pertinente: a lei de colisão resulta em uma regra, na qual o caso concreto pode ser subsumido.

D.2) A PONDERAÇÃO

A teoria dos princípios de Alexy tem correlação estreita com a máxima da proporcionalidade. A própria natureza dos princípios, concebidos enquanto mandamentos de otimização, conduz à idéia de proporcionalidade, em seus três subprincípios (máximas parciais da proporcionalidade): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, considerando-se que os princípios direcionam a decisão, constituindo deveres *prima facie* que deverão ser atendidos na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, os subprincípios da adequação e da necessidade se ligam diretamente às possibilidades fáticas. A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, diz respeito às possibilidades jurídicas, já que a solução ótima é aquela obtida com o menor sacrifício possível do princípio que joga no sentido contrário àquele que, naquelas condições, deve prevalecer.⁸⁴

Desse modo, um princípio deverá ser tanto mais satisfeito quanto menor seja a importância da satisfação do outro, naquele caso concreto. Esse sacrifício deve ser o menor possível, já que o princípio que não tem sua prevalência reconhecida continua a ser válido e incidente no caso em questão.

Nesse sentido, anota Tomas Bustamante que “quanto maior é o grau de não-satisfação ou afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”⁸⁵. Assim, o *peso relativo* de um princípio decorre do *peso relativo* do princípio oposto, de modo que no caso concreto é que será possível mensurar o peso que poderá ser atribuído a um e a outro, conforme a relação de precedência condicionada subjacente⁸⁶. De forma mais clara: tanto um mais avançará quanto mais o outro recuar.

⁸⁴ Cf. ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 116 et. seq..

⁸⁵ BUSTAMANTE, T., *Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: um modelo funcional para argumentação jurídica?*, p. 54.

⁸⁶ *Ibid.*, loc. cit.; VALE, André Rufino do. *Estrutura da norma de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*, p. 71.

E) COLISÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS?

Como foi visto, para solucionar os conflitos entre regras deve-se utilizar o critério da validade, extirpando-se a norma inválida do sistema jurídico; na colisão entre princípios utiliza-se o critério do sopesamento, considerando-se as possibilidades fáticas e jurídicas envolvidas no caso concreto, dispensando-se a declaração de invalidade do princípio de menor peso, na medida em que um princípio não exclui o outro, permanecendo ambos no tecido normativo.

Feitas essas considerações, pode surgir a indagação de como dirimir conflitos existentes entre regras e princípios. A questão é complexa por si só, na medida em que nesse caso estamos tratando de categorias normativas diversas, cada qual com técnica própria de solução de suas crises. Os debates no campo doutrinário estão em aberto. Há uma série de teorias, críticas e fenômenos normativos relacionados à distinção, que tornam realmente complexa a tarefa de quem pretende entrar nesse campo.⁸⁷

Poder-se-ia partir da premissa de que no embate entre regras e princípios a solução deva se dar por meio de sopesamento – técnica utilizada na colisão entre princípios -, dimensionando, no caso concreto se se deve dar prevalência à regra em relação ao princípio, ou vice-versa. Ocorre, porém, que tal raciocínio coloca em xeque a afirmação de que as regras estabelecem prescrições definitivas, notadamente porque, nessa hipótese, haveria uma regra válida e aplicável que teria a sua aplicação afastada no caso concreto. Isso significa que a regra continuaria no ordenamento jurídico, porquanto válida, mas cederia espaço ao princípio, que no caso concreto tem relação de precedência. Seria, em outras palavras, aplicar às regras pesos, o que as regras não têm.⁸⁸

Ora, se a aplicação da técnica de sopesamento não se apresenta livre de críticas, de igual modo a resolução do conflito entre regras e princípios no plano da validade – técnica utilizada na solução de conflitos entre regras – também não tem melhor sorte. É isso porque no embate entre regras e princípios haveriam situações em que os princípios perderiam sua validade e, por conseguinte, sairiam

⁸⁷ Afirmações desse tipo só foram possíveis (como tantas outras) graças à contribuição capital do professor Fernando Leal.

⁸⁸ SILVA, V. A., *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 51.

do ordenamento jurídico⁸⁹, contrariando a orientação de que princípio não perde sua validade em casos em que a sua aplicação é restringida em favor da aplicação de outra norma, porquanto o princípio apenas cede espaço para aquele que, no caso concreto, se encontra em uma relação de precedência.

Tentando dirimir a questão, a doutrina sugere a utilização da técnica do sopesamento, porém, faz alguns ajustes, buscando contornar o inconveniente da aplicação do critério de pesos às regras. Assim, no embate entre uma regra e um princípio deverá ser realizado um sopesamento, entre o princípio colidente e o princípio no qual a regra se baseia, porque as regras não são sopesáveis⁹⁰.

Na verdade, não haveria propriamente um conflito entre regras e princípios, mas tão-somente uma colisão entre princípios: o princípio colidente e o princípio que serve de suporte para a regra (o que Alexy chama de “princípio *formal*”).

Robert Alexy não sistematiza o assunto na Teoria dos Direitos Fundamentais, no entanto, pode-se perceber em algumas passagens que a questão foi ventilada pelo alemão. Veja-se:

É necessário distinguir dois casos de restrição à realização ou à satisfação dos princípios por meio de regras: (1) A regra *R*, que restringe o princípio *P*, vale estritamente. Isso significa que *vale* uma regra de validade *R'*, que diz que *R* tem precedência em relação a *P*, independentemente de saber o quão é importante a realização de *P* e o quão desimportante é a realização de *R*; (2) *R* não vale estritamente. Isso significa que *vale* um princípio de validade *P'*, que permite, em determinadas situações, que *P* supere ou retinja *R*. Essas condições não podem ser satisfeitas com a simples constatação de que o cumprimento de *P* é, no caso concreto, mais importante que o cumprimento do princípio *PR*, que *materialmente* sustenta *R*, pois isso faria com que *P'* não desempenhasse nenhum papel. Tudo seria uma relação entre *P* e *PR*. *P'* desempenha um papel se para a determinação de da precedência de *P* não somente se exija que *P* preceda o princípio *PR*, que *materialmente* sustenta *R*, mas também que *P* seja mais forte que *PR* em conjunto com o princípio *P'*, que exige o cumprimento de regras e que, nesse sentido, sustenta formalmente *R*.⁹¹

O tema é novamente suscitado quando o autor propõe exceções às regras com espeque em cláusulas de exceções fundadas em princípios. As sutilezas que envolvem a questão justificam a citação, posto que longa:

Diante disso, alguém poderia imaginar que os princípios têm sempre um mesmo

⁸⁹ Ibid., loc. cit.

⁹⁰ ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90-91 – nota de rodapé 24 e 104-106; SILVA, V. A., *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 50.

⁹¹ ALEXY, R., op. cit., p. 90-91 – nota de rodapé 24.

caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Um tal modelo parece estar previsto em Dworkin, quando ele afirma que as regras, se válidas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não tem como consequência necessária uma determinada decisão. Esse modelo é, contudo, muito simples. Um modelo diferenciado é necessário. Mas também no âmbito desse modelo diferenciado o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido.

Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. A contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção. Entretanto, é possível imaginar um sistema jurídico que proíba a restrição de regras por meio da introdução de cláusulas de exceção. Como demonstram os inúmeros casos da assim chamada redução teleológica, o sistema jurídico alemão é um sistema que não contém tal proibição, pelo menos não para todas as áreas do direito. As regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito. Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados “princípios *formais*”. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras, somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípio – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*.

O fato de o enfraquecimento de seu caráter definitivo não fazer com que as regras passem a ter o mesmo caráter *prima facie* dos princípios constitui apenas um lado da questão. O outro lado é que, mesmo diante de um fortalecimento de seu caráter *prima facie*, os princípios não obtêm um caráter *prima facie* como o das regras. O caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios. (...) O que aqui interessa é somente que a aceitação de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios não iguala seu caráter *prima facie* ao das regras. Mesmo uma regra sobre ônus argumentativo não exclui a necessidade de definir as condições de precedência no caso concreto. Ela tem como consequência apenas a necessidade de se dar precedência a um princípio em relação ao outro caso haja razões equivalentes em favor de ambos ou em caso de dúvida. Não há dúvidas de que isso reforça o caráter *prima facie* do princípio confirmado pela regra sobre ônus argumentativo. Ainda assim, o caráter *prima facie* das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente mais forte.⁹²

⁹² ALEXY, R., *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 104-106.

Se de um ponto é bem verdade ser difícil prever todas as hipóteses de exceção à uma regra; de outro ponto, permitir-se que uma regra perca o seu caráter definitivo, implicaria em inconstitucionalidade por quebra do indispensável paradigma da separação de funções, concentrando, por via de consequência, poder ilimitado nas mãos do juiz. Ao menos, quanto a esse particular, *concessa maxima venia*, a proposta de Ronald Dworkin, ainda que com os inconvenientes apontados por Alexy, é mais garantista. Não se pode, aqui, confiar nas tradições, porquanto isso implicaria em um risco de se permitir que *uma regra se torne a exceção*, a pretexto da realização da “justiça” (seja lá o que for isso e a favor de quem). É necessário expungir do Direito brasileiro esse tipo de decisionismo disfarçado, onde se decide o que bem aprouver e se justifica depois, com espeque em “princípios” expressos por fórmulas vagas (de raiz principiológica duvidosa), como o “interesse público”, “interesse social”, “matéria de ordem pública”, “segurança pública”, “efetividade da norma penal”, etc.. E esses “princípios”, sempre muito bem recheados de “avaliações morais adicionais”⁹³, as quais ninguém, absolutamente ninguém consegue atender, constituem verdadeiro serviço do punitivismo e da negação dos direitos fundamentais do acusado.

Virgílio Afonso da Silva compartilha da preocupação em adotar um modelo de regras superável pelos princípios, por entrever que as soluções nesse modelo gerariam alto grau de insegurança jurídica, justamente por negar às regras o seu papel mais importante, qual seja, de evitar indeterminações na aplicação do direito. O autor com absoluta razão adverte que, no Estado constitucional, quem tem a autoridade e a competência para editar essa regra só pode ser o legislador, de modo que a legitimação dessa decisão havida nas instâncias deliberativas do legislativo não pode ser subtraída por outrem, sob pena de se instaurar insegurança.⁹⁴

Esse é um ponto muitas vezes ignorado quando se pensa em colisão entre regras e princípios. Em geral, não se pode falar em uma colisão propriamente dita. O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, *feito pelo legislador*, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é uma regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma

⁹³ Expressão colhida em STRUCHINER, N., *Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: a dignidade contingente do formalismo jurídico*.

⁹⁴ SILVA, V. A., *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 51.

relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por subsunção.⁹⁵

Nessa ordem de idéias, se esse juízo de sopesamento feito pelo legislador ordinário desafia a obediência do aplicador/intérprete e é corolário da dinâmica de separação de funções, é possível avançar em outras indagações de relevo. Quais seriam as razões fortes o suficiente para autorizar um Poder Constituído a derrotar uma regra, uma **regra clara e precisa**, havida de um juízo de sopesamento levado a efeito pelo Poder Constituinte Originário? Onde estaria a legitimidade para a criatura se voltar contra o criador?

Com efeito, em tema de direitos fundamentais uma questão que tem sido desconsiderada pela doutrina em geral é que não se tratam de regras havidas de processo legislativo ordinário, mas regras sopesadas em Assembléia Nacional Constituinte, em contexto de redemocratização do país. É bem verdade que o Poder Constituinte Originário poderia ter cristalizado a norma sob a estrutura de princípio, permitindo-se os ajustes necessários quando de sua aplicação (ponderação), mas se preferiu estruturá-la como regra é porque teve boas razões para tanto, não nos cabendo insurgir contra essa decisão legitimamente tomada.

Igualmente, a opinião do operador dos materiais normativos acerca do que seja justo ou injusto fica superada pela eleição de uma regra como mandamento definitivo para regulação da espécie, sob pena de se admitir o arbítrio. Humberto Bergmann Ávila ressalta que “as regras têm a função de gerar uma solução para um conflito, evitando que a controvérsia entre os valores morais que ela afasta ressurgja no momento de aplicação.”⁹⁶

Tudo isso considerado, força convir que em um modelo constitucional do processo não se pode admitir ensanchas à flexibilização de garantias do acusado. As opções do constituinte devem ser consideradas e respeitadas. Demais disso, em uma época em que a cultura do terror tem se alastrado, não faltarão aqueles que retirarão todo o peso dos princípios formais que sustentam as regras que protegem o réu no processo, nos restando tão somente a detecção de que o modelo constitucional do processo restou frustrado.

⁹⁵ Ibid., loc. cit..

⁹⁶ ÁVILA, H. B., *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 109. Em mesmo sentido: BARCELOS, A. P.; BARROSO, L. R., *O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*, p. 280. Parecendo anuir com o expandido DWORKIN, R., *Levando os direitos a sério*, p. 286 passim.

3.5.4.4

Síntese conclusiva acerca da demarcação forte entre regras e princípios

A dogmática moderna sufraga o entendimento de que as normas se enquadram em duas categorias – a de regras e a de princípios –, cada uma com características e dinâmica próprias, muito embora ainda haja certa divergência quanto aos traços que as distinguem. O critério de demarcação fraca, a nosso sentir, não empresta maior utilidade ao modelo constitucional do processo e pouco contribui no processo de interpretação constitucional. É isso porque, as normas constitucionais estão no mesmo patamar de hierarquia (*unidade da constituição*) e todas elas (*constituição formal*) possuem eficácia irradiante para o ordenamento jurídico, vale dizer, numa acepção lata de *fundamentalidade* é possível afirmar que nenhuma norma constitucional – pouco importa se princípio ou regra - é despida desse atributo. A generalidade, a abstração e o grau de importância, como critérios distintivos (fracos, é bom que se diga) entre regras e princípios encontrou declínio com os impulsos do *pós-positivismo*.

É sobre os ventos do *pós-positivismo* que se substituiu a idéia de um sistema legalista, composto exclusivamente por regras jurídicas, pela compreensão de um ordenamento jurídico com normas jurídicas qualitativamente e estruturalmente distintas. Nesse contexto, avulta-se a importância de se delinear com precisão a diferença entre regras e princípios, questão colocada em segundo plano para os adeptos do critério de distinção fraca das espécies normativas. A mudança de paradigma, nessa matéria, teve contribuição especial das idéias de Ronald Dworkin, posteriormente desenvolvidas por Robert Alexy. A contribuição desses autores considerada como “conhecimento convencional na matéria”⁹⁷ ressoa na doutrina e empresta grande utilidade à hermenêutica constitucional, em especial dentro da dogmática dos direitos fundamentais.

Sinteticamente, poder-se-ia resumir as características dessas normas do

⁹⁷ Expressão colhida em: BARCELOS, A. P.; BARROSO, L. R., *O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*, p. 282.

seguinte modo⁹⁸:

Em relação às regras:

- a) a regra tem seu suporte fático e as conseqüências jurídicas por elas prescritas de forma fechada, definida e detalhada;
- b) a regra constitui razão definitiva, de modo que subsumindo o fato ao modelo hipoteticamente previsto pelo legislador, a conseqüência prevista em regra válida deve se seguir;
- c) a aplicação das regras se dá de maneira disjuntiva, ou seja, na forma do tudo ou nada;
- d) as possibilidades fáticas e jurídicas de uma regra foram sopesadas pelo legislador, assim, suas determinações são mandamentos definitivos;
- e) o conflito entre regras acontece no plano da validade, podendo ser dirimido de duas maneiras: a) inserção de cláusula de exceção em uma das regras conflitantes, ou; b) declaração de invalidade de uma delas;
- f) As cláusulas de exceções acerca da não incidência das conseqüências previstas em uma regra devem ser feitas por outras regras. Não é necessário que a cláusula de exceção seja feita no mesmo dispositivo;
- g) as regras se aplicam segundo o modelo de subsunção.

Em relação aos princípios:

- a) os princípios têm suas condições de aplicabilidade estruturadas de forma aberta, permitindo a consideração das possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto;
- b) dada a sua condição de aplicabilidade estruturada de forma aberta, os princípios instituem razões *prima facie* para as decisões, vale dizer, constituem nortes para o raciocínio e a fundamentação jurídica. Alteradas as condições fáticas e jurídicas subjacentes, um princípio poderá ser superado por outro, que no caso justifique uma diferente relação de precedência;
- c) os princípios são aplicados de forma cumulativa, um não exclui o outro que atira em sentido oposto. Desse modo, o sacrifício de um princípio em favor do outro que, no caso concreto, tem relação de precedência deve ser o menor possível (*mandamentos de otimização*);
- d) as possibilidades fáticas e jurídicas de um princípio são aferidas no caso concreto; assim, a formação da lei de colisão leva em consideração o específico caso em que a norma será aplicada;
- e) As razões *prima facie* dos princípios – não determinantes – não abalam a confiança da força normativa da Constituição, já que a solução do caso é legitimada pelo caso concreto, à luz da permissão constitucional feita pelo legislativo ao aplicador da lei para a formação da regra de colisão;
- f) a colisão entre princípios se opera na dimensão do peso; assim, para a solução de conflitos do tipo princípio-princípio, dispensa-se a declaração de invalidade de um deles, bem como também é desnecessária a inserção de

⁹⁸ Confira-se também a proposta de sistematização feita por André Rufino do Vale (VALE, André Rufino do. *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais*, p. 81-82). Criticando: ÁVILA, H. B., *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 40 et. seq..

cláusula de exceção;
g) os princípios são aplicados segundo o método da ponderação.

A distinção forte entre regras e princípios não pretende solução única para todas as crises constitucionais, muito pelo contrário, seu perfil de flexibilidade e rigidez é um sistema capaz de superar a frustração das experiências constitucionais anteriores, em que a falta de efetividade das normas constitucionais e o desrespeito à força normativa da Constituição eram lugar comum. A harmonia desse modelo de regras e princípios é valiosa para a proteção e promoção dos direitos fundamentais, particularmente, para a construção do modelo constitucional do processo penal, onde ao lado dos princípios – flexíveis, por definição – que expressam os limites possíveis, deve haver rigor em relação ao respeito das regras (que constituem mandamentos definitivos), com o propósito nítido de debelar o autoritarismo e a cultura punitivista.

3.5.5

A resposta à pergunta inicial

Feitos os apontamentos prévios acerca da distinção entre as espécies normativas, passa-se agora à análise da norma que veda a utilização de provas ilícitas no processo, objetivando responder se ela (a norma) se enquadra na categoria de regra ou de princípio.

Pois bem: reza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no art. 5º, LVI, serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Em doutrina não é raro encontrar aqueles que atribuam à vedação de utilização de provas ilícitas no processo o predicado de princípio reitor da atividade probatória. No entanto, como se ressaltou, essa conclusão só pode ser feita a partir de critérios de distinção fracos entre regras e princípios.

É que conquanto o direito à prova se insira também na categoria de direito fundamental, decorrente dos direitos fundamentais à ação e à ampla defesa, o Direito não admite – e nem haveria de ser diferente – que as partes provem os fatos alegados em processo, de todos os modos humanamente imagináveis, tampouco autoriza o magistrado, alicerçado na livre apreciação das provas, a

admitir ou mesmo determinar a produção de todo e qualquer tipo de prova, sob pena de afronta a outros tantos direitos e garantias fundamentais.⁹⁹

No entanto, à luz dos critérios de distinção forte eleitos, não é possível conceber a vedação de utilização de provas ilícitas como um princípio, consubstanciado em um mandamento de otimização que deva ser realizado na maior medida possível, sopesando-se os limites fáticos e jurídicos do caso concreto.

Em que pese não ser recomendado descortinar a estrutura normativa de uma norma a partir de sua disposição, pela fragilidade desse critério, não o desconsideraremos, mas também a ele não nos limitaremos. Assim, muito embora o texto não se confunda com a norma dele resultante, a existência de disposição clara e precisa estabelecendo uma vedação e a consequência prevista em face do desatendimento da prescrição nela contida são indícios fortes de regra.

Veja-se que a disposição constitucional contida no art. 5º, LVI da CR/88 (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”) resulta na regra da inadmissibilidade das provas ilícitas, de forma que a produção de significado, à conta da clareza e precisão, joga no sentido de se inferir um mandamento definitivo e não uma razão *prima facie*, como se tem pretendido.

Com efeito, vedar é proibir, e, nesse contexto, não há como proibir uma conduta, colimando inclusive uma sanção no caso de seu descumprimento, e ao mesmo tempo admitir a sua prática, ainda que em graus variáveis. Ou se atende à norma em sua integralidade, ou não se atende; sendo esta última a opção do agente, a consequência estabelecida pela regra é de rigor. Não há como atender a uma proibição na maior medida do possível; ou se atende o comando em sua inteireza, ou o descumpre em sua inteireza; ou tudo, ou nada.

Não há negar que a norma que proscreeve a utilização de provas ilícitas consiste em um relato objetivo, contendo a descrição da conduta desautorizada e sua respectiva sanção, de modo que, subsumindo o fato ao suporte fático dessa norma o intérprete deverá repudiar essa não-prova. A consequência prevista nessa norma só poderá ser subtraída por meio de uma hipótese de exceção, já que a estirpe da regra em apreço elimina qualquer indagação quanto ao aspecto da validade.

⁹⁹ PINHEIRO, F. L. S., *Princípio da Proibição da Prova Ilícita no Processo Civil*, p. 113.

Desse modo, verificada a ilicitude da prova, o juiz deverá inadmiti-la, porquanto no caso o juízo é de subsunção e não de ponderação. As questões morais acerca da aplicação da regra já formam decididas pelas instâncias legislativas. Evidentemente, não pode o intérprete se arrogar no poder de fazer essa avaliação moral, sob pena de se amesquinhar a importância das decisões havidas pelo legislativo.

Tanto pelo conteúdo, como pela estrutura e pelo modo de aplicabilidade, uma conclusão parece ser possível: o constituinte optou por um modelo de regra para o estabelecimento da vedação de utilização de provas ilícitas.¹⁰⁰

Nessa ordem de idéias, não há espaço para o atendimento parcial dessa norma. Não há meios-terminos. E, se é assim, a realização integral da norma perpassa necessariamente pelo rechaço das provas colhidas com infringência a normas de direito material e processual.

Parece óbvio que a criação de regra para cuidar de assunto tão delicado dentro da dogmática do modelo constitucional do processo foi uma opção cristalina pela proteção do acusado e pela efetivação dos direitos fundamentais, a despeito de todo o dilema moral que subjaz a essa decisão. Tudo que contrasta com essa inteligência é contrário ao modelo constitucional do processo; contraria a opção moral convertida em medida jurídica, pelo constituinte originário.

Andou bem o constituinte em consolidar matéria tão delicada sob a forma de regra, evitando insegurança quando da aplicação da norma, em face das implicações morais que a circundam, o que poderia resultar em uma completa frustração da força normativa da Constituição.

¹⁰⁰ Thiago André Pierobom de Ávila opta por classificar a norma como princípio, malgrado reconheça existirem fortes elementos para a conclusão de que se trata de uma regra e não de um princípio, conforme por ele sustentado. De todo modo, o autor segue admitindo a aplicação da técnica da proporcionalidade – ainda que se tratasse de regra –, já que o sopesamento se daria entre o princípio colidente e o princípio que justificou a criação da regra (Cf. ÁVILA, T. A. P., *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 102 et. seq.). Na verdade, o autor é fiel ao modelo normativo proposto por Alexy, sendo, portanto, à luz do marco teórico eleito, absolutamente coerente a conclusão por ele chegada. Com vimos, para Alexy é possível uma ponderação entre o *princípio formal* que justifica a criação da regra com outros princípios que com ele eventualmente possam colidir. De toda maneira, vale o registro que quanto ao “modelo de regra”, filiamos a uma concepção dworkiniana, rechaçando a superação de normas do tipo regra, o que, por consequência, leva nossas conclusões para outras paragens.

3.6

Da prova ilícita por derivação (*fruits of poisonous tree theory*)

A Constituição não cuidou de modo explícito acerca do tratamento que deve ser dispensado àquela prova obtida a partir de uma prova ilícita. Tal fato, como não haveria de ser diferente, suscitou acalorados debates sobre qual seria o destino dessa *prova derivada da ilícita*.

Pois bem, a pergunta que se propõe é: devem existir tratamentos distintos dados às provas ilícitas e àquelas a partir dela obtidas, ainda que atendidas todas as formalidades legais para sua produção/obtenção? A resposta a essa pergunta diz respeito ao alcance que deve ser dado à norma que proíbe a utilização de provas ilícitas no processo.

Um exemplo permitirá compreender bem a dimensão do problema em questão. Pense que determinada autoridade *policial*, a quem atribuiremos o nome de Saul, determina a interceptação das ligações telefônicas de um suspeito da prática de um crime, de nome Júlio, cujo procedimento investigatório foi a ele distribuído. Diga-se mais, Saul, por praxe, determina a interceptação telefônica de todos os suspeitos, de todos os procedimentos investigativos confiados a ele. Das gravações da conversa tida por Júlio com pessoa não identificada, obtém-se a informação que existem vários documentos no escritório de Júlio que comprovam o seu envolvimento em crimes licitatórios. Saul, de posse dessas informações e observando todos os trâmites necessários, valendo-se inclusive de ordem judicial, apreende os documentos guardados no escritório de Júlio. Esses documentos, que dão conta de uma fraude de milhões de reais aos cofres públicos, são utilizados para lastrear a ação penal correspondente. Quais dessas provas podem ser consideradas ilícitas? Ao que parece, concluir pela ilegalidade da interceptação telefônica não desafia maiores questionamentos, dada a falta de autorização *judicial*, entretanto, concluir pela ilicitude dos documentos já não é uma questão tão simples.

Há quem entenda que é necessário fazer a distinção entre a prova originalmente ilícita (ou ilícita propriamente dita) e a dela derivada, de forma que apenas a primeira não deve ser admitida no processo. Nessa linha de entendimento, se a prova originalmente ilícita abre uma porta para a obtenção de uma prova lícita, essa última haveria de ser tida por válida. Eventual condenação

só não poderia ser baseada na prova ilícita propriamente dita, mas nada impediria que ela fosse sustentada com base na prova dela derivada.

A prova derivada da ilícita teria, por assim dizer, uma espécie de autonomia em relação àquela que lhe deu gênese. Assim, não se poderia afastar do processo uma prova irrefutável da prática do crime - só porque a sua obtenção dependeu de informação de prova desautorizada -, sob pena de dar azo à impunidade.

Ainda, à luz dessa concepção, o propósito do legislador constituinte foi banir do processo, apenas e tão-somente, as provas originalmente ilícitas, e não os demais elementos probatórios obtidos a partir dela.¹⁰¹

Não foi esse, porém, o entendimento que vingou no Supremo Tribunal Federal. A Excelsa Corte, por várias oportunidades enfrentou a questão, sempre por majorias apertadas, acabou endossando a teoria dos frutos da árvore envenenada - *fruits of poisonous tree theory* – cunhada pela Suprema Corte dos Estados Unidos¹⁰²⁻¹⁰³. Para essa teoria, uma árvore envenenada não pode dar

¹⁰¹ Confira-se os votos de divergência dos Ministros Sydney Sanches, Carlos Velloso, Neri da Silveira, Moreira Alves e Octavio Galotti, no HC 69.912-0/RS, bem assim o HC 74.116/SP e HC 76.641/SP.

¹⁰² Luiz Francisco Torquato Avólio anota que foi a partir da decisão dada no caso “Silverthorne Lumber & Co. v United States”, em 1920, as cortes norte americanas passaram a admitir a teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação (Cf. AVÓLIO, L. F. T., *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, p. 68), muito embora a expressão “*fruits of poisonous tree*” tenha sido criada apenas em 1937, pelo juiz Frankfurter, da Suprema Corte, no precedente “Nardone v. United State” (ÁVILA, T. A. P., *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 152). Confirmando as duas informações anteriores (origem da teoria e origem da expressão): AZENHA, N. A. S., *Prova Ilícita no Processo Civil*, p. 151; LOPES JR. A. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. vol. I, p. 590.

¹⁰³ Confira-se os trechos da Ementa:

“Ilicitude da prova. Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder) – Inidoneidade jurídica da prova resultante de transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais. A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *due process of law*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A *Exclusionary Rule* consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *male captum, bene retentum*. Doutrina. Precedentes. Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. *A questão da doutrina*

frutos sadios; *mutatis mutandis*: de uma prova ilícita não podem se originar provas lícitas. A licitude da prova derivada é simplesmente aparente.

Segundo essa concepção, de nada adiantaria expungir a prova contaminada pelo vício da ilicitude do processo, mas admitir que as outras provas obtidas a partir dela fossem consideradas. Se Saul pudesse interceptar, ao arpejo da lei, sempre, conversas telefônicas dos seus investigados, e, a partir da ciência do conteúdo dessa conversa, obtivesse provas tidas por válidas, o que incutiria nele a necessidade de obedecer às prescrições do ordenamento em relação ao sigilo das comunicações telefônicas? A nosso sentir, Saul não se sentiria convencido a deixar de interceptar ligações telefônicas, mesmo quando a malfadada diligência não se revelasse útil ao descortino do fato investigado. Muito pelo contrário, a eliminação das funções *dissuasória* e *pedagógica* da norma que proscree a utilização de provas ilícitas estimularia a prática desautorizada¹⁰⁴. Enfim, desde que contornada a ilicitude da prova original, não haveria problemas em transgredir o direito, o que também a reboque suprimiria as funções *garantia* e de *integridade*. O efeito deletério da conduta é tão grave que, em casos extremos, até mesmo por curiosidade ociosa a autoridade pública poderia determinar a

dos frutos da árvore envenenada (Fruits of the poisonous tree): A questão da ilicitude por derivação. Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do due process of law e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes (...) A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos 'frutos da árvore envenenada') repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. (...).

"Fruits of the poisonous tree. (...) Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la – contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta." (HC 73.351, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 9-5-1996, Plenário, DJ de 19-3-1999.)

¹⁰⁴ Cf. item 3.3.

interceptação ilegal de conversas telefônicas, de suspeito ou não, até mesmo porque esse tipo de diligência feita à socapa dificilmente seria conhecida pelo sujeito vigiado.

Admitir como válida a prova obtida a partir de uma ilícita é admitir o engodo, pelo sedutor argumento do combate à impunidade. É cair na tentação de realizar valoração moral adicional a respeito das implicações práticas sobre a aplicação da norma, desconsiderando que essa valoração já havia sido feita pelas instâncias legítimas e competentes para tanto. A frustração da norma constitucional seria inevitável, os danos aos direitos e garantias fundamentais inimagináveis.

Não é por outra razão que banir apenas a prova ilícita é postura muito tímida e insuficiente. Além da prova ilícita propriamente dita todas as outras ligadas a ela, por nexos de causalidade, devem ser expungidas do processo. Vale dizer: a pecha da ilicitude *contamina*, por imposição *lógica*, todas as provas que tenham relação com as provas obtidas ilicitamente. Não é lícita a prova obtida a partir da ilícita, ainda que para a produção dessa nova prova a autoridade cuide de obtê-la dentro das balizas legais. A prova derivada de uma prova ilícita, ilícita também é.¹⁰⁵

A teoria dos frutos da árvore envenenada passou a ingressar na ordem normativa brasileira, de modo expreso, apenas em 2008, com o advento da Lei 11.690/08, que acrescentou ao art. 157 do CPP o §1º. O novel dispositivo reza que: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

A formulação do dispositivo era completamente desnecessária; ousamos afirmar, com devido respeito aos que pensam de forma diversa, que melhor seria que a questão fosse tratada exclusivamente em nível doutrinário e jurisprudencial, uma vez que a redação confusa, miscigenada com outras teorias que preconizam exceções à dos frutos da árvore envenenada, foi um desfavor à compreensão de tema tão polêmico. O dispositivo além de desnecessário, com redação infeliz, inclusive contendo pretensões inconstitucionais, é simplesmente uma desgraça.

¹⁰⁵ Por todos: NUCCI, G. S. *Provas no Processo Penal*, p. 32; ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G., *Prova*, p. 254 et. seq.; PRADO, L. C., *Provas ilícitas: teoria e interpretação dos Tribunais Superiores*, p. 14 et. seq.; AZENHA, N. A. S., *Prova Ilícita no Processo Civil*, p. 89; SOARES, F. A. M., *Prova ilícita no processo*, p. 151 et. seq..

Abordaremos o tema mais a frente.

A despeito da redação confusa do dispositivo, e salvando o que dele pode ser salvo, é aceitável afirmar que a prova ilícita por derivação terá sorte igual a da prova ilícita propriamente dita, mesmo porque a intensidade da ilicitude que abate uma e outra é idêntica.¹⁰⁶

Não obstante a jurisprudência do STF sobre a matéria e, agora, o dispositivo legal inserido no CPP, grassa, ainda, no campo prático divergências profundas acerca do que se deve entender por prova *derivada* da ilícita. Essas divergências não se fundam no plano semântico, mas na subsunção desse conceito aos casos concretos. É que a prova só poderá ser reputada ilícita por derivação se houver entre ela e a prova originalmente ilícita uma relação de causalidade (“*nexo de causalidade entre umas e outras*”, na dicção legal). A existência de uma prova ilícita no bojo dos autos pode, ou não, contaminar as demais provas, mas tudo isso dependerá desse *nexo de causalidade entre elas*.

Desse modo, se A, considerada prova ilícita, traz informação que conduz a autoridade a buscar B, e essa prova conduz a outra, C, todas essas provas (A, B e C) serão consideradas provas ilícitas (*fruits of poisonous tree*), porém D, E e F, provas lícitas, não serão contaminadas, porquanto não ligadas à cadeia causal de A. A idéia de fundo consiste em que a cadeia formada pelas provas ilícitas (originalmente ilícitas e por derivação) e a formada por meios lícitos não se cruzam, de modo que, pinçadas as provas que compõem aquela cadeia inquinada pela ilicitude, restaria outra (ou outras) imaculadas e, portanto, servíveis para fins processuais. Correm, pois, em paralelo, várias cadeias probatórias autônomas. Veja-se que mesmo que não fosse produzida a prova ilícita, haveria outra cadeia de elementos probatórios capaz de lastrear a condenação; nesse contexto, a alegação de existência de provas ilícitas poderia ser afastada pela *exceção de não-exclusividade*, obviamente, se essas provas não viciadas fossem convincentes o bastante para condenar o acusado.

Uma prova ilícita não tem o condão de invalidar outras provas colhidas com base em fontes autônomas. A inexistência de vínculos entre uma e outra não permite a transmissão da pecha da ilicitude. Nessa ordem de idéias, “*nada impede que um fato seja provado por meio de provas lícitas que nada tenha a ver com a*

¹⁰⁶ No sentido que vai no texto: LOPES JR. A. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, v. 1, p. 593.

prova ilícita.”¹⁰⁷

Não fosse a exigência desse liame entre as provas ilícitas e as demais, bastaria, tão-somente, que o acusado, à sua conta, introduzisse uma prova ilicitamente obtida no bojo dos autos – preferencialmente no início do processo - para comprometer todo o acervo probatório, justificando, sempre e sempre, absolvições estribadas em ausência de provas (já que prova ilícita é não-prova)¹⁰⁸. Não é possível ser tão ingênuo. A proscrição da utilização de provas ilícitas não é um compromisso com a impunidade. Não é mesmo essa extensão que pode ser dada à teoria dos frutos da árvore envenenada. Aqui não vale a idéia de que uma fruta podre estraga as outras sadias quando colocada dentro de uma mesma caixa.¹⁰⁹

Com objetivo de aclarar o alcance da teoria dos frutos da árvore envenenada ou mesmo abrandar o rigor do postulado da contaminação das provas ilícitas por derivação, havido por aquela teoria, criou-se as teorias da fonte independente (*independent source*) e a da descoberta inevitável (*inevitable discovery*).

Frise-se que essas teorias estão umbilicalmente ligadas à questão do nexo de causalidade entre as provas ilícitas e as demais. As especificidades entre elas justificam o exame em apartado.

3.7

Teoria das fontes independentes (*independent source*)

Conquanto a teoria das fontes independentes (*independent source*) tenha sido ventilada em 1920 no caso *Silverthorne Lumber & Co. v. United States*, seus contornos finais foram trazidos apenas em 1963 no caso *Wong Sun v. United States*.

A doutrina narra que Wong Sun havia sido preso ilicitamente, no entanto, após ter sido liberado, o investigado, espontaneamente, voltou ao departamento de

¹⁰⁷ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G., *Prova*, p. 254.

¹⁰⁸ Em semelhante pensar, Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça ao anotar que: “o cumprimento absoluto e irrestrito da teoria dos frutos da árvore envenenada acarretaria, inevitavelmente, a fraude processual, no sentido de que os próprios acusados, com o fito de livrarem-se da condenação forjariam provas ilícitas, anulando-se, conseqüentemente, o processo.” (MENDONÇA, R. P. A., *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*, p. 82).

¹⁰⁹ Nesse sentido: ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G., *Prova*, p. 254-255; PRADO, L. C., *Provas ilícitas: teoria e interpretação dos Tribunais Superiores*, p. 14 -15.

narcóticos, onde foi interrogado. Com base nas informações auto-incriminadoras colhidas em seu interrogatório, Wong Sun foi processado.¹¹⁰

Na verdade, a teoria das fontes independentes atenua o rigor da *fruits of poisonous tree theory*, propugnando que alguns frutos decorrentes da árvore envenenada poderão ser aproveitados, a despeito de sua origem.¹¹¹

Para a teoria da *independent source* se dado elemento probatório pode ser tido como derivado de fonte ilícita, mas paralelamente a essa fonte existe outra, lícita, capaz de sustentar a produção daquela prova, não haveria porque excluí-la. Veja-se que a prova ilícita apesar de se ligar a esse elemento, não lhe transmite a ilicitude, já que existe prova lícita que suporta a sua produção.

Na explicação de Guilherme de Souza Nucci:

Durante uma investigação ou ao longo da instrução criminal, provas são buscadas em diversas fontes, por inúmeros métodos. Vários agentes do Estado, assim como as partes e seus procuradores podem sair em campo para procurar os meios de provas mais interessantes. Dessa complexidade de ações e gestões, torna-se viável a coincidência e convergência de trilhas. Por isso, uma prova pode ser encontrada por duas ou mais pessoas envolvidas na busca, quase ao mesmo tempo, cada qual por método e com instrumentos diferenciados.

A prova, em síntese, pode ter variadas fontes e uma delas ser considerada ilícita. Ora, comprovada a existência de outra fonte independente (ou outras fontes separadas), nada impede que se acolha a prova como lícita no processo.

Se A advém de B, C e D, possuindo múltipla derivação e, levando-se em conta, serem B, C e D independentes umas das outras, não há motivo para a mácula de B estender-se para C e D. Valida-se a prova A de qualquer modo.¹¹²

O desenvolvimento das construções teóricas sobre a teoria das fontes independentes no direito comparado e a jurisprudência consolidada da Suprema Corte americana serviram como paradigma para o Supremo Tribunal Federal.¹¹³

¹¹⁰ NERY JR., N. *Princípios do Processo na Constituição*, p. 271. Contra: ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G., *Prova*, p. 257; ÁVILA, T. A. P., *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 153-154. Para esse autor, a teoria da *independent source* teve seus traços definitivos em 1984 no caso *Nix v. Williams*. Ousamos discordar dos autores, porque, *data venia*, o caso referido melhor se encaixa na chamada teoria da *inevitable discovery*.

¹¹¹ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G., *op. cit.*, p. 256.

¹¹² NUCCI, G. S. *Provas no Processo Penal*, p. 34-35.

¹¹³ Confira-se os trechos das ementas:

“Prova ilícita. Escuta telefônica. *Fruits of the poisonous tree*. Não acolhimento. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica – prova tida por ilícita até a edição da Lei 9.296, de 24-7-1996, e que contaminava as demais provas que dela se originavam – não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial.” (HC 74.599, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgamento em 3-12-1996, Primeira Turma DJ de 7-2-1997.).

“(…) Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos

Em se constatando existirem duas fontes indicando uma determinada prova, uma lícita e outra não, a exclusão daquela inservível não abalaria a outra válida. Obviamente, *essa independent source* deve existir no momento da produção/obtenção da prova originariamente ilícita, sob pena de disfarçadamente engendrar um falso quadro de independência das fontes¹¹⁴. Isso, porém, não afasta a possibilidade de prosseguir com as investigações, desde que desentranhas todas as provas ilícitas (inclusive as derivadas), porquanto imprestáveis para fins processuais; a nova cadeia causal formada a partir de então não estará viciada.

No plano lógico, não há mesmo qualquer reparo a ser feito na construção teórica das fontes independentes, mesmo porque a não adoção dessa teoria poderia resultar em obstrução de qualquer investigação válida e legítima, já que bastaria a introdução de prova ilícita nos autos demonstrando a prática da infração, pelo próprio acusado ou por quem não tenha interesse que ele seja responsabilizado, para que restasse frustrada toda a persecução. O afastamento da teoria traduziria, por assim dizer, uma brecha para que o acusado se valesse de sua própria torpeza.

Registre-se, porém, que, por conta do *contato existente* entre a prova ilícita e a lícita, deve o acusador demonstrar a existência de fonte independente, *diretamente* relacionada com essa prova derivada, sob pena de se resolver pela ilicitude¹¹⁵. Deve, pois, existir uma presunção *iuris tantum* de que a prova derivada da ilícita está contaminada. Não se pode admitir que o acusado prove inexistir essa fonte independente, porque essa prova seria *diabólica*¹¹⁶. Nesse

elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. A questão da fonte autônoma de prova (*an independent source*) e a sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida. Doutrina. Precedentes do STF (RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.) – Jurisprudência Comparada (A experiência da Suprema Corte americana): casos ‘*Silverthorne Lumber co. v. United States* (1920); *Segura v. United States* (1984); *Nix v. Willams* (1984); *Murray v. United States* (1988)’, v.g.” (HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-6-2008, Segunda Turma, DJE de 1º-8-2008)

¹¹⁴ Não vendo obstáculos para que essa fonte independente surja após a produção da prova originalmente ilícita: MENDES, G. F., COELHO, I. M., BRANCO, P. G.. *Curso de Direito Constitucional*, p. 605.

¹¹⁵ Compartilhando do mesmo entendimento: LOPES JR. A. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*, v. 1, p. 597.

¹¹⁶ Diz-se diabólica a prova cuja produção é impossível ou excessivamente custosa para a parte. Como não crível que se exija o impossível ou o irrazoável, não deverá a parte que alega a ilicitude da prova por derivação demonstrar a inexistência de fonte independente, mas o acusador demonstrar a existência de tal fonte. Nesse caso, o ônus da prova do fato negativo não deve recair sobre os ombros de quem alega. Sobre o conceito de provas diabólicas cf. BRAGA, P. S.; DIDIER

sentido, Nelson Nery Jr.:

Nesse sentido orientou-se a reforma processual penal com a redação dada ao CPP 157 § 1.º pela L 11690, de 9.6.2008. Esse dispositivo deve ser interpretado tendo em vista os princípios constitucionais, pois a prova derivada não poderá ser considerada lícita se violar direito fundamental. Desse modo, a *independent source* deve ser aplicada não de maneira apriorística, mas tendo em vista as particularidades e ponderações de cada caso concreto, sendo admissíveis as provas derivadas das ilícitas quando restar demonstrada a inexistência de nexo de causalidade entre ambas. Se a independência não puder ser demonstrada cabalmente, ou seja, se restar qualquer dúvida sobre isso, a prova deve ser considerada ilícita, pois prevalece o preceito *in dubio pro reo* na valoração da prova. Assim, o CPP 157, § 1.º, comporta interpretação restritiva, porquanto se não puder ser demonstrada, de maneira inequívoca, a inexistência de nexo de causalidade entre ambas as provas a prova derivada deverá ser considerada ilícita.¹¹⁷

Aury Lopes Jr. assevera que muito embora a teoria das fontes independentes seja coerente, ela se revela perversa, pois depende de casuística e da subjetividade do julgador, na medida em que recorre a conceitos vagos e imprecisos que geram um espaço impróprio para a discricionariedade judicial.¹¹⁸

Com efeito, no campo prático, a determinação da relação de causalidade, por conta das teorias que se desenharam ao seu redor, tem gerado uma zona cinzenta, que muitas vezes tem dado azo a decisionismos disfarçados, em que a dúvida é dirimida em detrimento do acusado.

No entanto, a única forma de se superar o inconveniente é fazer uma análise criteriosa da cadeia causal das provas colhidas no processo, por mais difícil que se afigure a tarefa. A indisposição de alguns magistrados em fazer aplicar a norma que proscreeve a vedação de utilização de provas ilícitas no processo é, na verdade, reflexo do descompromisso com a Constituição. Isso é fato. Só nos resta lamentar. Evidentemente que essa relação entre a (in)aplicação da lei por magistrados justiceiros (a quimera do processo) e a tolerância dos mesmos com a ilegalidade de outros agentes estatais não é objeto de nossa indagação, muito embora essa constatação – lamentável, frise-se – gere quase uma desesperança em se avançar no discurso garantista, de proteção às minorias, de *fair play*.

Cumprir registrar, ao arremate, que o conceito de fonte independente constante do art. 157, §3º do CPP, a despeito da dicção legal, traduz a idéia da

JR, F.; OLIVEIRA, R., *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*, p. 87-89.

¹¹⁷ NERY JR., N., *Princípios do Processo na Constituição*, p. 273-274.

¹¹⁸ LOPES JR. A., *op. cit.*, p. 595.

teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*). A proposta conceitual de fonte independente constante do referido dispositivo é manifestamente inconstitucional, conforme veremos em seqüência.

3.8

Teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*)

Diz-se que a descoberta da prova é inevitável quando seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, a obtenção da prova derivada da ilícita seria extremamente provável, mesmo que inexistisse elemento probatório viciado a indicando.

A exceção da descoberta inevitável (*inevitable discovery*), também extraída do Direito norte americano, teve origem no caso *Nix v. Williams*. Narra a doutrina que no referido caso, as autoridades obtiveram uma confissão ilegal, a qual relatava onde estava o corpo da vítima. No entanto, a polícia já suspeitava que o cadáver seria encontrado naquelas imediações, tendo inclusive iniciado buscas, com a colaboração de alguns voluntários. A Suprema Corte americana entendeu que o avançar natural das investigações levariam àquele resultado (localização do corpo), muito embora tenha sido ele precipitado pela produção da prova ilícita.¹¹⁹

A bem da verdade, a teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*) é uma variante da teoria das fontes independentes. Não é por outra razão que aquela construção teórica recebe na doutrina alienígena o nome de *hypothetical independent source rule*¹²⁰. Cumpre, porém, divisar a diferença entre ambas.

Enquanto na teoria das fontes independentes existe o contato direto entre a prova *lícita*, oriunda de uma fonte independente, e aquela derivada da ilícita; na teoria da descoberta inevitável não há contato entre a prova *lícita* e a prova derivada, o contato entre elas é esperado (inevitável, como pretendem alguns), segundo máximas de experiências. Para ser mais claro: na primeira teoria, há efetivamente o nexo de causalidade entre a prova *lícita* e a derivada da ilícita; na segunda, o “nexo de causalidade” é hipotético.

¹¹⁹ Cf. ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G., *Prova*, p. 256; ÁVILA, T. A. P., *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 268.

¹²⁰ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G., loc. cit.

A teoria da descoberta inevitável, felizmente, não grassa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ora, se a própria determinação da relação causa-efeito de uma prova derivada da ilícita conduz a várias dificuldades no campo prático, a operação hipotética pretendida pela *inevitable discovery* é, quando menos, um engendro a serviço do punitivismo.

Ora, se há meios que necessariamente conduziriam as autoridades à descoberta da prova, é por esses meios, sem conjecturas ou artificios, que ela deveria ter sido obtida. Não há precipitação que justifique a desobediência aos marcos legais que gizam a produção probatória.

A teoria da descoberta inevitável, com o devido respeito aos que sustentam a sua adoção, é um convite para a produção de provas *ilícitas*. Ou melhor, é uma autorização para se deixar de produzir provas lícitas, já que diante de um quadro mental já comprometido com o contato com a prova ilícita, não faltarão aqueles que conseguirão fazer uma trilha mental - e não real - até aquela prova ilicitamente obtida.

É que o mero juízo hipotético consistente na *esperança* de que *segundo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal*, a prova seria obtida, não preenche, em definitivo, o espaço registral da prova. Esse juízo hipotético defendido pela teoria da descoberta inevitável tolhe qualquer possibilidade de se certificar os caminhos trilhados pelo magistrado em sua decisão. Uma coisa é saber quais são os *trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal* (seja lá o que isso for), outra coisa bem distinta é *assegurar que eles conduziram à produção da prova*. Como se sabe, nem toda investigação penal é exitosa. Não são raras as vezes em que as autoridades - ainda que empenhadas na apuração dos fatos, agindo com toda diligência possível e *segundo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal* - não conseguem apurar coisa alguma. No entanto, pretende a teoria da descoberta inevitável afiançar que os *trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal* são infalíveis, ou melhor, de que a descoberta da prova era inevitável. Essa teoria tenta, pois, fazer crer que esse *método infalível* justifica a utilização da prova ilícita, porque essa prova simplesmente *ainda* não foi produzida/obtida, mas, inevitavelmente, seria, até mesmo porque seu *método é infalível*. Com o perdão pela ironia e também pelo trocadilho, a *inevitable discovery* só não conseguiu ainda descobrir uma

forma de esconder o desejo de se valer, de qualquer forma, de uma prova ilícita que o seu método infalível, misteriosamente, não cuidou de produzir/obter de forma lícita.

Não é por outra razão que o art. 157, § 3º do CPP¹²¹ é, desenganadamente, inconstitucional. Em mesmo pensar Nelson Nery Jr. ao registrar:

A mitigação da *inevitable discovery* não pode ser aplicada em nosso ordenamento, posto que violadora de direitos fundamentais. Daí a necessidade de conferir-se ao CPP 157 §1.º e 2.º interpretação conforme a Constituição. A descoberta inevitável é inconstitucional porque viola a CF 5.º LVI. Isto porque a construção da *inevitable discovery doctrine* baseia-se em juízos hipotéticos, ou meras suposições e conjecturas, dificilmente conciliáveis com as exigências provenientes do princípio da presunção de inocência (CF 5.º LVII).

A prova proveniente da *inevitable discovery* é ilícita e ineficaz. Não pode ingressar eficazmente no processo a prova oriunda de tais diligências, pois não se trata de prova derivada nem independente (*independent source*), e sim de juízo hipotético extremamente vago, que não pode ser utilizado para legitimar violações aos direitos fundamentais.¹²²

A tentativa de esconder o mandamento da teoria da descoberta inevitável na rubrica de fonte independente é ardil para aniquilar qualquer pretensão normativa da regra que proscreve a utilização de provas ilícitas no processo (em especial no que se refere às provas derivadas); é, em outro dizer, burla à Constituição. Evidentemente, essa teoria (*inevitable discovery*) deve ser repelida de pronto, sob pena de se compactuar com linhagem teórica que infirma a autoridade da Constituição.

3.9

Outras teorias

No direito comparado existem outras propostas que visam abrandar a

¹²¹ “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.”

¹²² NERY JR., N. *Princípios do Processo na Constituição*, p. 273. Em mesmo vetor André Luiz Nocolitt ao anotar: “Não podemos admitir a *inevitable discovery* por uma razão simples. Com a ilicitude na colheita da prova houve efetiva, concreta e atual lesão a direito individual e as marcas desta lesão não podem ser apagadas pela simples possibilidade hipotética de descoberta regular da prova. A simples especulação não pode remover as marcas da violação de normas Constitucionais por parte do Estado. O curso de investigação hipotética é uma ficção, algo que não ocorreu no mundo real, uma especulação sobre a possibilidade de aquisição de prova regularmente. Admitir este mecanismo seria consagrar, como ensina Maier, o *in dubio pro prueba*. Com efeito, é preciso ter um zelo desdobrado para negarmos efetividade ao princípio constitucional que veda provas ilícitas.” (NICOLITT, A. L., *As subversões da presunção de inocência: violência, cidade e Processo Penal*, p. 102).

vedação de utilização de provas ilícitas no processo, a exemplo das exceções de boa-fé (*good faith exception*), do nexos causal atenuado (*attenuated connection doctrine*) e de erro inócuo (*harmless error exception*).

A exceção de boa-fé se daria naqueles casos em que o agente acredita agir amparado pelo direito, quando na verdade a sua atuação se revelou inválida. Assim, por conta da convicção de que agia de forma válida, ou seja, de boa-fé, é que a prova, apesar de sua ilicitude, deveria ser utilizada¹²³. A *good faith exception* não pode merecer guarida em nosso ordenamento, porquanto a ilicitude, enquanto dado objetivo, não pode ser afastada em face de juízos vagos e inteiramente subjetivos, em detrimento das garantias do indivíduo. Definir o que é ou não boa-fé depende, e muito, do ângulo que se olha, ou melhor, de *quem* olha. Certamente uma construção tão vaga, apoiada em conceito excessivamente aberto (boa-fé?), não tem o poder de afastar garantias individuais¹²⁴. No entanto, caso se verifique que no caso concreto não era dado exigir do agente comportamento diverso, evidentemente, não deverá ser ele responsabilizado, porquanto em hipóteses tais, dificilmente, não estaria presente causa exculpante ou uma excludente de ilicitude putativa (estrito cumprimento do dever legal).

A exceção do nexos causal atenuado (*attenuated connection doctrine*), também chamada de exceção de vício diluído (*purged taint exception*), tem como pressuposto o transcurso de grande lapso temporal entre a produção da prova originalmente ilícita e a dela derivada. Dessa forma, a distância temporal no prosseguimento da colheita do material probatório, cuja cadeia causal fora aberta pela prova originalmente ilícita teria o condão de diluir a mancha existente na prova derivada¹²⁵. A exceção não tem seus pressupostos sistematizados, malgrado tenha a doutrina estadunidense cuidado de pontuar que a gravidade da prova ilícita é determinante para o sopesamento do tempo exigido para a purgação da mancha da ilicitude. A nosso sentir, as bases dessa teoria são inconsistentes, e até mesmo a falta de sistematização de seus pressupostos de aplicação caminha para o seu repúdio, de pronto. Demais, a própria idéia de descontaminação da prova derivada da ilícita, após esse lapso (seja lá qual for ele) é circunstância excessivamente perigosa aos direitos fundamentais, mesmo porque os grandes prazos

¹²³ ÁVILA, T. A. P., *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 147.

¹²⁴ Em mesmo sentido: NERY JR., N. *Princípios do Processo na Constituição*, p. 273.

¹²⁵ ÁVILA, T. A. P., *Provas ilícitas e proporcionalidade*, p. 147-148.

prescricionais para os crimes existentes na legislação penal brasileira poderia se revelar um convite ao desrespeito da Constituição.

Noutro giro, a exceção de erro inócuo (*harmless error excpetion*) tem lugar nos casos de pequenos desvios procedimentais que não implicam em maiores prejuízos para o acusado. Seria, por assim dizer, o que conhecemos aqui no Brasil, dentro da teoria das nulidades, pelo nome de *meras irregularidades*. Entretanto, percebe-se que o discurso dessa teoria é falacioso, mormente porque desconsidera que a forma, no modelo constitucional do processo penal, é erigida exclusivamente para proteger o acusado, dessa maneira o desvio de forma implica, em regra, em prejuízo. Nessa ordem de idéias, se o erro é inócuo e a prova é de interesse do acusado, não haveria mesmo porque descartá-la, obviamente o raciocínio inverso não pode ser verdadeiro.

Por fim, resta pontuar nossa opinião acerca do *encontro fortuito de provas*. Como o nome está a indicar, a autoridade determina a produção de determinada prova, mas durante a diligência se descobre provas de outras infrações não investigadas. Pergunta-se: poderia a autoridade se louvar dessas provas para lastrear persecução autônoma e desconexa com o fato investigado? A questão é delicada, e, até mesmo por isso, divide a doutrina e a jurisprudência. A rigor o desvio na execução da diligência – no cumprimento do mandado judicial – implica em ilicitude da prova colhida, e, por via de conseqüência, a prova não poderá ser utilizada para lastrear a *persecutio criminis*. No entanto, concordamos uma vez mais com Aury Lopes Jr. no sentido de que o elemento probatório colhido, ainda que viciado pela ilicitude, poderá servir como *noticia criminis*, ensejando investigações rumo à produção de provas autônomas e sem a nódoa da ilicitude.¹²⁶

¹²⁶ LOPES JR. A. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. vol. I, p. 574-580.