

## PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Revista dos Tribunais Nordeste | vol. 4/2014 | p. 117 - 133 | Mar / 2014  
DTR\2014\9637

### Jorge André de Carvalho Mendonça

Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), com curso sobre o Sistema Judiciário Americano, pela Universidade da Georgia (UGA), em Athens, EUA. Especialista em Direito Processual Público pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor do Ceton - Curso online para concursos. Juiz Federal na 5.a Região.

**Área do Direito:** Penal; Processual

**Resumo:** Nosso estudo faz uma breve análise a respeito dos princípios do direito penal e processo penal. Isso é feito, porém, apresentando alguns aspectos gerais, apreciando seu surgimento e desenvolvimento ao longo do tempo. O objetivo é de mostrarmos um visão que entendemos mais realista a respeito dos direitos individuais. Finalmente, entramos na abordagem específica do princípio que veda a produção de provas ilícitas, interpretando-o de acordo com nosso momento histórico e com a necessidade de maior eficiência penal, sem perder de vista as garantias conquistadas há anos.

**Palavras-chave:** Princípios penais e processuais - Direitos Individuais - Interpretação histórica - Provas ilícitas - Eficiência.

**Abstract:** Our study makes a brief analysis on the principles of criminal law and criminal procedure. However, it is done by introducing some general aspects, analyzing its appearance and development over time. The purpose is showing one view that we understand more realistic about the individual rights. Finally, we approach the specific principle that prohibits illegally obtained evidence, interpreting it according to our historical moment and the need for more criminal efficiency, without forgetting the guarantees won several years ago.

**Keywords:** Principles of Criminal Law and Criminal Procedure - Individual rights - Historical interpretation - Illegally obtained evidence - Efficiency.

### Sumário:

I.Introdução - II.Do surgimento dos princípios aos direitos fundamentais - III.A realidade histórica da 1.ª geração - IV.Interpretação histórica da Constituição de 1988 - V.A colisão entre princípios - VI.As provas ilícitas - VII.Conclusão - VIII.Bibliografia

### I. Introdução

Tema que à primeira vista parece pacífico, mas que ainda é da mais alta controvérsia, em especial na prática judicial diária, diz respeito aos princípios do direito penal e do processo penal. A importância do assunto vem crescendo à medida que a criminalidade aumenta, principalmente a organizada. A sociedade clama por instrumentos que permitam uma maior eficiência penal. A grande missão, no entanto, é conciliar a postulada eficiência, com o direito constitucional de defesa dos indivíduos.

José Roberto Moraes, ao iniciar uma palestra, mencionou ser muito complicado analisarmos um tema completamente despidos da ótica imposta por nossa atividade profissional. A atividade do dia a dia faz com que o pensamento de todos nós acabe se voltando, acabe se tendendo para esta ou aquela posição (MORAES, p. 66, 2003). Não obstante sua colocação estivesse se referindo a outro ramo do direito, é bastante apropriada, servindo perfeitamente para o assunto ora examinado. Não que haja má-fé do profissional ao sustentar esta ou aquela corrente. Mas, na realidade, qualquer um, depois de investido em alguma atividade, incorpora a mesma como uma consequência natural do seu trabalho, passando a imaginar o que defende como verdade quase que absoluta. É por isso que a maioria dos advogados criminalistas defende um forte rigor processual, pretendendo a nulidade dos processos não raramente por motivos irrelevantes, enquanto alguns membros do Ministério Público, de outro lado, ainda que em menor escala, algumas vezes defendem condenações olvidando os direitos individuais conquistados ao longo de anos.

O presente trabalho irá analisar alguns aspectos gerais a respeito dos princípios penais e

processuais penais, sempre sob o foco constitucional. Para tanto, partiremos da evolução do conceito de princípios, seguindo a uma visão que entendemos mais realista sobre o desenvolvimento dos chamados direitos individuais – ou fundamentais de 1.<sup>a</sup> geração. Finalizando, efetuiremos uma abordagem geral da matéria, levando em conta os preceitos constitucionais brasileiros, sem esmiuçar o estudo isolado de cada princípio, à exceção daquele que veda a produção de provas ilícitas, ponto central da exposição, tudo buscando uma maior eficiência penal, principal objetivo da reforma do Código de Processo Penal de 2008,<sup>1</sup> mas mantendo a conquista *garantista* de anos.

## II. Do surgimento dos princípios aos direitos fundamentais

Em um primeiro momento os princípios gerais do direito penal e processual penal não estavam positivados. Nas três primeiras etapas históricas, seja a antiga, a da origem divina ou da base racional, vinham do direito natural.

Após sua positivação, consolidada pelas Declarações Americana e Francesa do século XVIII, os princípios originaram os chamados direitos fundamentais. Através deles os burgueses pretendiam nada mais que afastar qualquer intromissão que impedisse o seu lucro excessivo, ainda que em prejuízo da grande massa da população.

Seus ideais receberam a influência do liberalismo. Eles constituíam um mínimo essencial, anteriores e superiores ao Estado, o que o impossibilitaria de limitá-los. (GRANDINETTI, p. 11, 2009). Mas também tiveram aspectos bastante positivos. Dentre eles, o prestígio da regra da liberdade, que formaria o pilar do sistema jurídico. A sua ofensa deveria ser considerada uma exceção, a qual teria que se basear em lei – princípio da legalidade. A tais direitos fundamentais aplicou-se a conhecida denominação de 1.<sup>a</sup> geração, justamente por serem os primeiros que surgiram na história.

Um período posterior, no entanto, passou a exigir uma grande evolução nos direitos fundamentais. Os de 1.<sup>a</sup> geração, voltados mais para o individualismo, não eram suficientes para satisfazer, sozinhos, as necessidades populares. As mazelas que vários povos sofreram com a 1.<sup>a</sup> Guerra exigiram uma compensação do Estado, que teria que exercer um papel mais ativo na ordenação social (GRANDINETTI, p. 11, 2009). Apareceram, então, os direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos, tidos como de 2.<sup>a</sup> geração.

Mas isso ainda não foi suficiente. O século XX pugnou por uma 3.<sup>a</sup> geração de direitos fundamentais, agora ligados à fraternidade e à solidariedade. Por ela houve uma pretensão de ampliação do espaço geográfico de irradiação de seus efeitos na medida em que não há como fracionar os interesses por eles alcançados (GRANDINETTI, p. 12, 2009). São os direitos de natureza difusa, como o desenvolvimento, a paz, o meio ambiente, a comunicação.<sup>2</sup>

Há quem efetue uma ligação entre direitos fundamentais e direito público subjetivo. Este se define como o poder de querer que tem o homem, reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico, mas enquanto seja dirigido a um bem ou a um interesse (GRANDINETTI, p. 15, 2009). Está a favor de um titular, que pode manifestar sua vontade individualmente, desde que revele, no entanto, o interesse de toda a sociedade.

A relação, todavia, vem sendo criticada por Ferrajoli. Para ele, os direitos fundamentais não podem ser afastados sob o argumento de não serem do interesse do Estado, já que são concebidos como naturais, identificados como um *prius* em referência a ele, completamente independentes das relações de poder. Propõe, assim, apenas a defesa da ideia de direitos fundamentais, anteriores, superiores e absolutos em relação ao Estado, além de serem universais. Isso torna insensato, segundo ele, a associação entre direitos fundamentais e direitos subjetivos (FERRAJOLI, p. 838-840, 2006).

De fato, não há uma aproximação total entre direitos fundamentais e direitos subjetivos. Não obstante, não há que se negar a existência de alguma relação, ainda mais na época do seu surgimento. Além disso, *data venia*, parte da crítica de Ferrajoli não é apropriada.

Primeiro porque rechaçamos a noção de que os direitos fundamentais são independentes das relações de poder, estando fortemente relacionados ao poder econômico, pelo qual o Estado se submeteu à burguesia, como iremos demonstrar. De outra parte, estamos com Grandinetti quando diz ser possível admitir-se, em linhas gerais, a limitação dos direitos fundamentais, mesmo no campo processual penal, com apoio da teoria da ponderação de bens constitucionais (GRANDINETTI, p. 17,

2009). Por fim, ao contrário do que parece a muitos, a defendida universalidade não é tão fácil de ser aceita. Determinado conceito histórico não tem validade universal. Não existe um padrão cultural de aceitação de ideias universais. O sistema é dinâmico, pelas próprias comunicações, pelo próprio acontecer. Nesse sentido, Luhmann afasta a ideia de fim comum ou igual na sociedade moderna hipercomplexa. Sua palavra primordial é diferença. Daí por em dúvida a afirmação de que o consenso seja constitutivo da sociedade (LUHMANN, 2007, p. 15). Em consequência não haveria que se falar em uma evolução histórica dos direitos humanos como vontade consensual da coletividade.

### III. A realidade histórica da 1.<sup>a</sup> geração

Os direitos e garantias humanas individuais surgiram como uma reação aos inúmeros abusos que eram cometidos pelas autoridades da antiguidade até o absolutismo. Naquela época os indivíduos eram julgados sumariamente, sem direito à defesa, não raramente havendo condenação de inocentes. E as penas eram cruéis e desproporcionais à conduta, costumeiramente se punindo pequenas infrações com a pena de morte. A antiguidade não conheceu os direitos individuais, visto que somente a partir do desenvolvimento do direito constitucional inglês, com a edição da Magna Carta, é que o mundo passou a gozar paulatinamente de maiores liberdades, especialmente diante do Estado, que era absoluto e onipotente. Mesmo o que se titulava democracia na Grécia antiga, com a participação direta e efetiva dos cidadãos no governo, era relativo, pois a maioria da população era constituída de escravos e não tinha direito a voto (NUCCI, 2007, p. 63).

A partir da Carta Magna do Rei João Sem Terra (1215) iniciou-se a concessão, paulatina e ainda muito tímida, de alguns direitos individuais, os quais foram aprimorados com as ideias iluministas, principalmente a partir da Revolução Americana e da Francesa. No primeiro caso em razão da luta da colônia contra a dominação inglesa; no segundo, em função do crescimento da burguesia contra o absolutismo francês.

Deveras, o surgimento de um verdadeiro modelo penal *garantista* ocorreu no período pós-feudal-absolutista. Decorreu do crescimento da classe burguesa, com a consequente necessidade de atendimento de seus anseios econômicos, sociais e políticos. É por causa desta vinculação do movimento com a intenção burguesa que, ao menos desde Ferri, já se diz que o estudo científico da justiça penal não pode deixar de refletir as correntes político-sociais, que, de época para época, atingem a vida do Estado. O direito é influenciado pelas correntes filosóficas e especialmente filosófico-jurídicas predominantes em cada período histórico (FREITAS, 2002, p. 73). E essa é nossa grande preocupação.

De fato, para interpretação correta dos princípios penais e processuais atuais é preciso não perder de vista que a origem da concessão de garantias aos acusados em geral não teve a menor relação com movimentos das classes sociais menos favorecidas. Aliás, as normas jurídicas foram historicamente criadas para defender os interesses dos dominantes, ainda que sob a ilusão de beneficiar a coletividade.<sup>3</sup>

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, oriunda da Revolução Francesa, é de 1789. Portanto, já existia quando os jacobinos, em 1793, deram um golpe, tomando o poder, decapitando seus próprios aliados. Mesmo após a destituição do rei, a Assembleia Legislativa convocou novas eleições para a escolha de uma Convenção Nacional que seria responsável por uma reforma na Constituição. Mas tal convenção não teve nada de democrática. Sob a pressão de alguns problemas externos, delegou a sua resolução a comitês encarregados de áreas específicas. Os três comitês mais importantes eram o de segurança geral, que correspondia à autoridade policial, o tribunal revolucionário, que era uma espécie de corte de justiça popular para julgamento sumário de inimigos da revolução, e o governo propriamente dito, o chamado Comitê de Salvação Pública. Na prática, era exercida uma ditadura, justificada pela luta da Revolução contra os inimigos externos. Os direitos humanos, que tinham acabado de ser ratificados, foram suspensos em nome de sua defesa (SCHWANITZ, 2007, p. 130). Depois, em 1795, sob a proteção da mesma Declaração, os burgueses deram o contragolpe, retomando o poder também através de assassinatos.

Isso não quer dizer, obviamente, que os direitos humanos de primeira geração – civis e políticos, próprios do direito penal ocidental, deixassem de ter notável importância em favor dos indivíduos. Pelo contrário, exerceram e ainda exercem importantíssimo papel na humanização do processo penal.<sup>4</sup> Mas devem receber uma adequada interpretação, a fim de evitar que o seu papel seja

apenas de beneficiar a já privilegiada classe dominante, como iremos demonstrar a seguir. Até porque, com o Estado Social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. (BONAVIDES, 2008, p. 380)

#### **IV. Interpretação histórica da Constituição de 1988**

O Código de Processo Penal vigente, o Dec.-lei 3.689, nasceu sob o Estado Novo, em plena ditadura do governo Vargas, em 03.10.1941, quando prevalecia o chamado regime de *segurança nacional*, com suspensão de garantias. Foi reflexo da normatização fascista de 1930. Ao reagir ao garantismo penal clássico, deram ênfase a uma defesa da sociedade contra os criminosos, mas de modo repressor. É evidente, por isso, que a nossa legislação processual penal apresentou algumas características autoritárias.

No Brasil, o Estado repressor continuou até o século XX, quando passamos pelo Estado Novo e pelo golpe militar de 1964, nítidos governos ditatoriais. Mesmo tendo passado por alguns momentos pouco mais garantistas. A situação durou até a reabertura democrática, cujo marco principal foi a edição da Constituição Federal de 1988, a qual, preocupada com a anterior época de repressão, previu uma série de direitos e garantias individuais e coletivas com o objetivo de impedir o retorno à antiga situação.

Não se pode olvidar, no entanto, que se ontem o Estado ameaçava os valores dominantes (vida, liberdade e propriedade), hoje esses valores são outros. A ameaça que sobre eles pesa passou a proceder da sociedade e de suas estruturas injustas, surgindo o Estado como aliado, protetor desses novos valores (BONAVIDES, 2008, p. 380), ao menos na sua maior parte.

Atualmente, destarte, cremos que o Capítulo I, do Título II da nossa Lei Maior está sendo interpretado de forma equivocada no meio jurídico. Se a Revolução Burguesa do século XVIII queria obstar o efeito opressor do Absolutismo, em 1988 o Brasil ainda queria evitar o retorno dos abusos cometidos pela ditadura. Mas ambos os objetivos se encontram praticamente consolidados, ao menos sob o ponto de vista teórico. E com tal consolidação, agora é imprescindível a facilitação da busca pela eficiência penal e pelo combate à criminalidade, principalmente a organizada, certamente sem desprestigiar as garantias obtidas depois de anos de luta.

Hoje em dia são cometidos inúmeros crimes simplesmente apertando uma tecla de computador; hoje em dia irregularmente são transferidas enormes quantias pela mesma forma operacional. E, quase sempre, tais ilícitos são praticados pelos integrantes das classes mais favorecidas da população. Se formos muito formais com a produção das provas, a tecla já terá sido apertada e os elementos já terão desaparecido. Embora nunca possamos esquecer-nos de aplicar e prestigiar os direitos e garantias individuais, eles devem ser interpretados de acordo com o momento histórico atual, sem serem considerados absolutos.

#### **V. A colisão entre princípios**

Mesmo sem intenção de aprofundar o estudo das ideias relacionadas à proporcionalidade, mais apropriado para um trabalho acadêmico específico, não podemos deixar de tecer algumas breves considerações sobre a possibilidade de colisão entre princípios constitucionais, ante a sua forte relação com o tema examinado.

Havendo referida colisão, defendemos a utilização da técnica de ponderação de bens, apesar de criticada por alguns. Mesmo que se adira à tese do garantismo, e de um processo penal democrático, não se pode deixar de reconhecer não só a possibilidade, mas a conveniência da teoria para resolver os conflitos entre princípios de natureza constitucional (GRANDINETTI, 2009, p. 17).

Para uma solução adequada à questão o professor Grandinetti traçou uma série de passos que devem ser seguidos pelo intérprete, na ordem que indica.

Em primeiro lugar, deve ser verificada a delimitação constitucional dos direitos envolvidos (GRANDINETTI, 2009, p. 20). Ou seja, os valores em jogo devem estar previstos na *Lex Legum*. Caso contrário não há colisão, prevalecendo o princípio constitucional, é claro.

O segundo passo é identificar o significado dos conceitos contidos nos princípios em colisão, evitando dar-lhes alcance ampliativo que na verdade não devesse alcançar determinada situação fática (GRANDINETTI, 2009, p. 20). É o que ocorre, por exemplo, com o conceito de intimidação que

tem a função restritiva de proteger os indivíduos, não alcançando as pessoas públicas no exercício das suas funções, em razão do princípio da publicidade e transparência que devem reinar na aludida área.

Depois, o intérprete deve verificar se o legislador já estabeleceu uma ponderação, caso em que restará pouco espaço para a ponderação judicial. Citando Canotilho, defende que a ponderação legislativa não pode ser afastada por decisão judicial, salvo se incompatível com os valores constitucionais (GRANDINETTI, 2009, p. 21).

Em quarto lugar, admite que a ponderação judicial de bens constitucionais seja efetuada, mas desde que haja realmente uma colisão de direitos fundamentais e que inexistam a solução legislativa mencionada no parágrafo anterior. Isso com base na teoria dos limites imanentes dos direitos fundamentais, através da qual nenhuma liberdade pública é absoluta (GRANDINETTI, 2009, p. 21-22).

O quinto e último passo está ligado à maneira pela qual a ponderação judicial deve ser realizada. Para tanto, aponta três subpassos. O primeiro é o mais questionável. Por meio dele o professor Grandinetti sustenta a necessidade de confronto genérico do peso que a Constituição atribui aos direitos em colisão. Defende, assim, que mesmo abstratamente há princípios que prevalecem sobre outros (GRANDINETTI, 2009, p. 22). É exatamente isso o que se questiona. Será que o peso de dois princípios colidentes não pode ser invertido, a depender das peculiaridades de dois casos concretos distintos?

Importante, sim, é o segundo subpasso por ele traçado. Na ponderação judicial, superados os quatro primeiros passos, deve haver confronto do peso específico que a Constituição atribui aos direitos em colisão, com os olhos postos no caso concreto.

Por fim, o terceiro subpasso. Para encerrar o processo, deve-se estabelecer não só o valor preponderante no caso concreto, mas também o grau de restrição ao direito afastado, o que deve ser feito por intermédio dos conhecidos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (GRANDINETTI, 2009, p. 22).

Seguindo todas essas etapas, pode-se perfeitamente solucionar a colisão de princípios dentro da maior objetividade possível. Ainda assim, a última etapa recairá, sempre, na valoração subjetiva do intérprete. Por isso, a finalidade do método apontado é apenas de controlar a valoração para que seja a mais transparente e racional possível (GRANDINETTI, 2009, p. 23).

## **VI. As provas ilícitas**

### **VI.1 Da inadmissibilidade das provas ilícitas**

Tradicional a distinção que a doutrina sempre fez entre prova ilegal, ilícita e ilegítima. Sustenta-se que a primeira é gênero, dividindo-se em ilícita e ilegítima, estas relacionadas à violação de regra de direito processual, aquelas quando produzidas em contrariedade as normas de direito material.<sup>5</sup>

Agora, a nova redação conferida pela Lei 11.690/2008 ao *caput* do art. 157 do CPP expõe que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

De acordo com Luiz Flávio Gomes dizia-se que a CF/1988, no art. 5.º, LVI, somente seria aplicável às provas ilícitas, ou ilícitas e ilegítimas ao mesmo tempo, ou seja, não se aplicaria para as provas (exclusivamente) ilegítimas. Para esta última valeria o sistema da nulidade, enquanto para as primeiras vigoraria o sistema da inadmissibilidade. Segundo ele, essa doutrina já não pode ser acolhida diante da nova regulamentação legal do assunto. Quando o art. 157 do CPP fala em violação as normas constitucionais ou legais, não distingue se a norma legal é material ou processual. Qualquer violação ao devido processo legal, em síntese, conduz à ilicitude da prova (GOMES, 2008).

A nova disposição legal atende perfeitamente ao inc. LVI do art. 5.º da Carta Magna, segundo o qual são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Aqui apenas fazemos algumas observações: a primeira é que a ilicitude acarretará apenas o desentranhamento da prova, sem, contudo, gerar qualquer nulidade integral do processo; a segunda é que a previsão pode ser

afastada quando em jogo interesse coletivo superior, aplicando-se ao caso as explicações traçadas no item V supra.

Outra ressalva é muito bem exposta por Andrey Borges de Mendonça. Para ele “não é qualquer violação às normas processuais que transformará a prova em inadmissível. Somente quando forem desrespeitadas as disposições processuais que possam refletir no devido processo legal é que se poderá falar em inadmissibilidade da prova. Assim, uma prova testemunhal obtida em juízo sem a presença do defensor deverá ser considerada inadmissível (ilícita), por violação à ampla defesa e, portanto, ao devido processo legal. No entanto, o desrespeito a uma disposição de caráter nitidamente procedimental, que não interfira em qualquer garantia relacionada ao devido processo legal, não pode ser reputada ilícita e, portanto, inadmissível (por exemplo, uma testemunha inquirida pelo sistema presidencialista e não diretamente pelas partes). Portanto, para as violações em que não houver lesão ao princípio do devido processo legal, o sistema deve continuar a ser o das nulidades” (MENDONÇA, 2008, p. 171). Pensamento contrário implicaria na revogação ou não recepção de todo o sistema de nulidades previsto nos arts. 563 e ss do Diploma Processual Penal, o que nunca foi sustentado.

O Doutor Grandinetti, em mais um excelente ensinamento, muito bem resume as correntes sobre a admissibilidade ou não das provas ilícitas. Enquanto uma corrente não admite, de forma nenhuma, a prova ilícita, com fundamento na unidade do ordenamento, outra aceita a sua produção, apenas defendendo a aplicação de sanções penais, civis ou administrativas que acaso tenha incorrido aquele que a obtém de forma ilícita (GRANDINETTI, 2009, p. 96). Esta última é seguida na França e na Inglaterra, onde as provas obtidas ilicitamente são utilizadas no processo, punindo-se, porém, os responsáveis pela sua produção (OLIVEIRA, 2008, p. 321).

Mas há ainda a terceira corrente. Ela busca no direito constitucional o ponto de equilíbrio do sistema, admitindo a prova ilícita se ela for a única forma de proteger outro valor fundamental, se ela for indispensável para a salvaguarda de outro interesse tutelado e mais valioso (GRANDINETTI, 2009, p. 96-97).

A despeito de o professor Grandinetti afirmar em certa passagem que a Constituição proibiu, de modo absoluto, a produção de prova ilícita, não havendo que se discutir as diversas correntes acima mencionadas (GRANDINETTI, 2009, p. 97), efetua algumas ressalvas que, na verdade, o fazem aderir à terceira corrente acima exposta. De fato, mais adiante conclui dizendo que continuam possíveis, como sempre o foram, as restrições advindas do embate entre valores constitucionais, devidamente ponderados caso a caso, e em caráter excepcional, afastando a inadmissibilidade quando houver concreta ameaça ou violação de outros valores constitucionais em casos limites (GRANDINETTI, 2009, p. 103). São esses os casos que pretendemos abordar a seguir.

## **VI.2 Do aproveitamento excepcional de provas ilícitas**

A vedação de provas ilícitas tem por fim preservar direitos individuais da população. Pretende proteger a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e das comunicações. Todos esses direitos encontram-se previstos nos incs. X a XII do art. 5.º da Carta Magna, sendo necessário saber o correto enquadramento e regulamentação da cada um, para que percebamos quais são os requisitos exigidos para a sua limitação no caso concreto. Para que não haja dúvidas, segue a transcrição das normas constitucionais:

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

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

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”<sup>6</sup>

Uma análise apressada das disposições poderia levar à equivocada conclusão no sentido de que apenas a inviolabilidade domiciliar e o sigilo das comunicações telefônicas poderiam ser afastados, o mesmo não acontecendo com os demais direitos individuais. Contudo, tendo em vista que nenhuma

liberdade pública é absoluta, todos eles podem ser limitados, cedendo espaço para outros direitos tidos como mais importantes no caso concreto.

A melhor interpretação, por conseguinte, é a de que a violação do domicílio, fora as hipóteses de flagrante, desastre e socorro, exige ordem judicial, a qual deverá ser fundamentada (art. 93, IX, da CF/1988), *in casu* nos arts. 240 e ss do CPP. O mesmo se diga quanto à quebra do sigilo das comunicações telefônicas, a qual não prescinde de autorização judicial, que deverá estar baseada na Lei 9.296/1996. Porém, o constituinte originário sequer reclamou ordem judicial para o afastamento dos demais direitos individuais, de maneira que, nos casos e hipóteses previstas em lei razoável, que regule o conflito entre os valores protegidos na Constituição Federal, outras autoridades poderão fazê-lo. Se não houver lei razoável, aí sim, será necessária ordem judicial, considerando que somente ao Judiciário seria cabível a ponderação entre os valores em jogo. Em tais situações não poderemos falar em ilicitude. Além disso, sempre há a ressalva da possibilidade de utilização da prova ilícita mediante aplicação do método de ponderação de bens, explicado no item V.<sup>7</sup>

Nisso não há nenhum absurdo. Eugênio Pacelli de Oliveira, em importante explicação sobre o aproveitamento de prova ilícita no direito comparado, anota que “o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado pela jurisprudência da Alemanha e de alguns países da Europa para fins de permitir, sempre excepcionalmente, o aproveitamento de provas obtidas ilicitamente”. E mais adiante afirma que “o Direito norte-americano, de onde, aliás, importamos a vedação constitucional de admissibilidade de provas ilícitas, apesar da reconhecida tecnologia de provas ali existentes, também admite, excepcionalmente, as provas ilícitas, com base em um critério de razoabilidade” (OLIVEIRA, 2008, p. 320-321).

Ora, se nos países mais desenvolvidos do mundo, ditos mais democráticos e protetores dos direitos humanos, permite-se o afastamento excepcional de direitos individuais para a preservação de outros, não há razão para acharmos equivocada uma solução similar no Brasil, em especial se partirmos da ideologia do surgimento da proteção no nosso país.

A doutrina tem apresentado algumas situações específicas nas quais os direitos individuais poderiam ser lícitamente afastados. Seriam os casos, por exemplo, de provas obtidas em excludente de ilicitude, durante flagrante delito ou sua utilização indistinta em favor do réu.<sup>8</sup> Acreditamos, no entanto, que tudo se resume a um único ponto crucial: à aplicação das regras de ponderação traçadas no item V deste trabalho.

As provas (i)lícitas obtidas em excludente de antijuridicidade, então, devem ser aceitas quando a causa de justificação for mais importante que o direito individual violado. Se alguém intercepta uma ligação telefônica realizada entre sequestradores para saber onde a vítima do sequestro foi escondida, não haverá que se falar em ilicitude. No confronto entre o direito ao sigilo telefônico dos infratores e a liberdade ou mesmo a vida do ofendido, ninguém irá preferir ficar com o primeiro.

Com fulcro nas mesmas razões, pensamos, ao contrário da douta maioria, que as provas obtidas ilicitamente podem ser utilizadas no processo sempre que o crime descoberto for drasticamente mais grave que a violação do direito individual. No conflito entre preservar o direito individual do delinquente ou punir a macrocriminalidade, ficamos com a última opção.

O sistema penal brasileiro já protege os direitos individuais no seu conceito de bem jurídico. Já é punível criminalmente a indevida quebra de sigilo bancário, telefônico, de correspondência, etc. Pode até ser que o momento brasileiro atual exija nova discussão a respeito do aumento da pena para tais condutas, embora entenda que o problema esteja mais relacionado à pouca aplicação da referida legislação na prática, tamanha a incapacidade do nosso sistema estatal. De qualquer modo, se atualmente o legislador pune outra conduta muito mais severamente, como o tráfico de entorpecentes, não vemos como deixar de reprimi-la em face de eventual violação de um direito individual, tido pelo mesmo legislador como muito menos grave.

Não faltarão duras críticas a tal posição, dizendo que ela incentivaria a violação dos direitos individuais, que seria vantajosa para um Estado arbitrário. Não pensamos, *data venia*, da mesma forma. Cremos que seria muito melhor que o violador da garantia individual também fosse punido pela violação que cometeu. Aplicar-lhe efetivamente uma sanção penal proporcional ao direito individual violado teria a finalidade preventiva especial e geral, evitando, ou pelo menos minorando, a ofensa futura a outros direitos individuais. Porém, sem afastar a repressão da conduta daquele

grande criminoso, na verdade muito mais nocivo à coletividade.

### VI.3 Dos frutos da árvore envenenada

A teoria dos frutos da árvore envenenada proíbe a utilização de prova derivada de outra que foi obtida ilícitamente. Sua construção partiu da Suprema Corte americana, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920), quando ficou decidido que as evidências obtidas tanto diretamente, como indiretamente, de uma investigação ilícita, não poderia ser utilizada com prova (GRANDINETTI, 2009, p. 100).

Agora a questão tem base legal no Brasil. O § 1.º do art. 157, incluído pela Lei 11.690/2008, começa por repetir o entendimento do STF no sentido de que são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.<sup>9</sup> Em que pese a discussão já travada sobre a questão no passado, o raciocínio adotado majoritariamente pela Suprema Corte, agora previsto legalmente, nos parece óbvio. Impedir a produção de prova ilícita, mas aceitar a prova dela derivada, seria o mesmo que admitir a primeira, ainda que indiretamente. Mas é imprescindível que o raciocínio seja corretamente compreendido, a fim de evitar conclusões drasticamente equivocadas de que as exceções criadas seriam inconstitucionais.

Falando de tais exceções, Andrey Borges de Mendonça ensina que a legislação se inspirou claramente no direito norte-americano, valendo analisar ao menos três limites à teoria da prova ilícita por derivação, todos de criação jurisprudencial daquele país: a) limitação da fonte independente (*independent source limitation*); b) limitação da descoberta inevitável (*inevitable discover limitation*); limitação da contaminação expurgada (*purged taint limitation*) ou conexão atenuada (*attenuated connection limitation*) (MENDONÇA, 2008, p. 174).

Pois bem, o § 1.º do art. 157 do CPP ressalva a admissibilidade da prova derivada quando inexistir nexos causal entre umas e outras, ou seja, entre ela e a ilícita. Seria justamente a limitação da fonte independente. Mas em tal situação sequer podemos falar em derivação. Se não existe a relação da causalidade obviamente não há derivação, o que tornará válida a prova. Daí entendermos até desnecessária a previsão.

Todavia, produtiva inovação surgiu com a parte final do citado § 1.º, bem como com o § 2.º. Tais dispositivos autorizam a utilização da prova derivada da ilícita quando ela seja passível de produção por uma *fonte independente*, assim entendida como aquela que, por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe próprios da investigação ou instrução criminal, seja capaz de conduzir ao fato objeto da prova. Em outras palavras, a prova derivada da ilícita será aceita quando, em tese, pudesse ter sido produzida sozinha, por meio lícito, ainda que não seja isso o que aconteceu. É a limitação da descoberta inevitável.<sup>10</sup> Ela em nada ofende nossa Lei Maior, apenas validando uma prova que, mais tarde, de qualquer modo, seria produzida lícitamente. Tudo, aliás, em busca da máxima verdade possível.

Por fim, a *attenuated connection limitation*. Para ela a prova derivada seria válida quando um ato posterior, completamente independente, retirasse a ilicitude originária. Não recebeu adoção expressa da legislação, ficando a questão para soluções futuras pela jurisprudência pátria.

Não podemos esquecer o veto ao § 4.º que seria incluído no mesmo art. 157 do CPP. Ele determinava a impossibilidade de julgamento da causa pelo juiz conhecedor da prova ilícita desentranhada. Andou bem o Presidente da República. O conhecimento de uma prova ilícita pelo juiz não afeta a sua parcialidade no julgamento final da causa, uma vez que a decisão final terá que ser motivada, baseada em elementos concretos dos autos, elementos estes diversos da prova ilícita. Além disso, o afastamento do magistrado implicaria, sem dúvida, em atraso na tramitação do feito, pelas dificuldades inerentes à convocação do substituto, o que ofenderia o princípio constitucional da razoável duração do processo.

### VII. Conclusão

Diante de tudo o que foi dito, a conclusão a que podemos chegar é de que os direitos e garantias individuais previstos na Carta Magna de 1988, embora mereçam grande respeito, devem ser interpretados de acordo com o momento histórico atual, da criminalidade organizada e principalmente tecnológica. Aí está a grande missão do direito penal e processual penal moderno: conciliar os direitos fundamentais com a necessária eficiência. Neste passo, andou bem a reforma

processual realizada pela Lei 11.690/2008 ao tentar alcançar um ponto de equilíbrio entre as garantias constitucionais e a efetividade da jurisdição penal.

Insta salientar, por sua vez, a fim de evitar interpretações equivocadas sobre nossa posição, que nunca pensamos de forma contrária ao direito penal e processual verdadeiramente democrático. A defendida ponderação de bens constitucionais em nada os afronta. Tanto que não aderimos à antropologia criminal como fator punitivo, não negamos a retroatividade benéfica da lei penal, não defendemos maior severidade para a tentativa ou para o crime impossível, não refutamos a presunção de inocência, nem a proibição da *reformatio in pejus* e da revisão *pro societate*. Tampouco somos adeptos do chamado Direito Penal Máximo. Seja da sua vertente preocupada com a criminalidade massificada, por não concordarmos com leis mais severas e penas mais graves; seja do seu lado voltado à política de segurança global, que, sob a desculpa de coibir o terrorismo, retira todos os direitos de defesa dos suspeitos, inclusive mediante utilização de tortura e privação da liberdade sem julgamento.<sup>11</sup>

O que cremos é que, da forma como sempre ocorreu na história da humanidade, infelizmente a legislação está em vigor para a defesa dos interesses das classes dominantes. E pior: a doutrina e a jurisprudência, muitas vezes até de forma inconsciente, ainda interpretam citada legislação em favor das referidas classes. É com isso que não concordamos. Tal interpretação, a nosso ver equivocada, muito mais que assegurando direitos fundamentais de todos, vem servindo para gerar a impunidade de poderosos. Pouco alcança os pobres, cujos direitos ficam apenas na letra fria do papel. Sem caros advogados, não conseguem se eximir da repressão penal. Caso pudessem pagar, também ficariam impunes, tamanha a dificuldade de se prender alguém, por mais evidência que existam. A defesa deixou de ser contra o fato, passando a ser apenas contra o processo, infelizmente.

Ninguém duvida que a população carcerária brasileira, na sua imensa maioria, é composta pelos integrantes das classes menos favorecidas. Acerca da questão, Ricardo de Brito assevera que o funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, seja no que se refere à proteção concedida aos bens e interesses, seja no que concerne ao processo de criminalização e recrutamento da clientela do sistema. Essa seletividade do sistema punitivo é justamente uma consequência do etiquetamento, não sendo uma causalidade que a imensa maioria dos prisioneiros nos cárceres pertençam aos setores mais desfavorecidos da população, que a principal atividade da polícia esteja também dirigida a esses setores e que consequentemente eles sejam o objeto fundamental da Administração da Justiça (FREITAS, 2002, p. 04).

Alguns setores do Judiciário estão explicitando uma fundamentação que, no fundo, não é a real. Com isso, mesmo sem querer, encobrem a razão implícita, malgrado verdadeira, qual seja a intenção de deferir pedidos tão bem elaborados por grandes advogados, os quais, porém, sob a desculpa da proteção aos direitos individuais, conseguem a impunidade dos seus poderosos clientes. E com isso ratificam o ditado explicado por Bobbio, para quem, quando a sabedoria popular diz que *não há justiça neste mundo*, refere-se ao fato de que muitos são aqueles que exaltam a justiça com palavras, poucos são os que a transformam em ato.<sup>12</sup>

Não há que se falar em prova ilícita, de forma absoluta, se um crime foi descoberto com uma quebra judicial de sigilo fiscal, bancário ou telefônico. Em caso de abuso no cumprimento da medida que se puna o culpado pelo excesso, inclusive criminalmente, se for o caso. Para tentar evitar tais abusos, aliás, até poderá o legislador agravar a pena em abstrato dessas condutas. Mas não se deveria simplesmente esquecer o ilícito penal descoberto, ao menos quando ele for muito mais danoso para a sociedade, normalmente configurado pelo desvio de grande quantidade de dinheiro público, fato que prejudica a necessitada população, inclusive gerando a criminalidade nas camadas sociais mais baixas – furtos, roubos, homicídios, etc.

Assim, o nosso intuito é o de colaborar com uma melhor interpretação do ordenamento jurídico vigente. E esperamos que, com ela, não só haja uma maior aproximação efetiva da população carente com os direitos individuais, mas que também seja evitado o uso da desculpa do *falso garantismo* para a obtenção da impunidade dos privilegiados.

### VIII. Bibliografia

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As Razões do Positivismo Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do Direito Penal*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei 11.690/2008 e provas ilícitas: conceito e inadmissibilidade*. Disponível em: [\[http://www.jusbrasil.com.br/noticias/26339/lei-11690-2008-e-provas-ilicitas-conceito-e-inadmissibilidade-luiz-flavio-gor\]](http://www.jusbrasil.com.br/noticias/26339/lei-11690-2008-e-provas-ilicitas-conceito-e-inadmissibilidade-luiz-flavio-gor). Acesso em: 28.08.2008.

GRANDINETTI, L. G. Castanho de Carvalho. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

LUHMANN, Niklas. *La Sociedad de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrete. Cidade do México: Herder, 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Método, 2008.

MORAES, José Roberto de. As Prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). *Direito Processual Público*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

SCHWANITZ, Dietrich. *Cultura Geral: Tudo o que se deve saber*. Trad. Beatriz Silke Rose; Eurides Avance de Souza; Inês Antonia Lohbauer. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 130, 2007.

---

1 Na mensagem de veto 350, de 09.06.2008, ao rejeitar a inclusão de um § 4.º no art. 157 do CPP pela Lei 11.690/2008, o Presidente da República disse que o objetivo primordial da reforma processual penal é *imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo*. Disponível em: [\[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-350-08.htm). Acesso no dia: 28.08.2008.

2 Há ainda aqueles que apontam para a existência dos direitos fundamentais de 4.ª geração, equivalentes à democracia, ao pluralismo e à informação (BONAVIDES, p. 571, 2008).

3 Bem afirma Nilo Batista, fazendo suas as palavras de Muñoz Conde, que o direito e o estado não são expressões de um consenso geral de vontades, e sim reflexões de um modo de produção, formas de proteção de interesses de classe, da classe dominante no grupo social ao qual esse direito e esse estado pertencem. (BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 56).

4 Se o liberalismo teve um conteúdo voltado não apenas, mas sobretudo, para facilitar o desenvolvimento capitalista, é certo que a expansão dos chamados direitos civis constituiu, em maior ou menor medida, um claro progresso, bastando recordar o processo de extensão de direitos aos filhos ilegítimos, estrangeiros e judeus; a tendência a igualar o tratamento legal a homens e mulheres; a redução da extensão dos direitos dos pais sobre os filhos (restrição ao pátrio-poder enquanto conjunto de direitos paternos) e a facilitação do divórcio. Compreende-se, assim, a razão pela qual na relação entre cidadania e Estado liberal-burguês, admite-se que a extensão dos direitos civis beneficia os setores inarticulados da população, dando um significado libertário positivo

reconhecimento legal da individualidade. Neste sentido, portanto, o Estado liberal-burguês de direito foi claramente progressista, o que não implica deixar de reconhecer as suas carências. (FREITAS, 2002, p. 57).

5 Segundo Ada Pellegrini Grinover a prova era tida como ilegal toda vez que sua obtenção caracterizasse violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição fosse colocada por uma lei processual, a prova seria ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição fosse de natureza material, a prova seria ilicitamente obtida. (GRINOVER, 2001, p. 133).

6 Incisos do art. 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

7 Discordamos, portanto, da diferença de graus de proteção traçada por Grandinetti. Para ele, no topo da escala ficaria a inviolabilidade de correspondência e das comunicações de dados, que não seriam passíveis de restrição. Abaixo estariam a inviolabilidade do domicílio, das comunicações telefônicas, e os sigilos bancário, financeiro e fiscal, cuja quebra dependeria sempre de ordem judicial. Depois a proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem, cuja proteção adviria do caso concreto, a demandar maior ou menor tutela jurisdicional, mediante uma adequada ponderação de bens (GRANDINETTI, 2009, p. 104-105).

8 Grandinetti faz referência a duas situações particulares. A primeira é a possibilidade de o réu, no processo penal, produzir prova considerada ilícita, por prevalecer o direito à liberdade e à ampla defesa sobre o direito à privacidade. A segunda diz respeito ao seu uso, mesmo pelo autor da ação penal, para salvaguardar outro direito fundamental, como ocorre na proteção da vida da vítima de um sequestro, cuja libertação dependesse eventualmente de uma interceptação ilícita (GRANDINETTI, 2009, p. 98-99).

9 A questão da doutrina 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” (STF, HC 93050/RJ, rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: [http://www.jf.jus.br/juris/?]. Acesso no dia: 28.08.2008.

10 Pacelli observa que a Lei 11.690/2008 cometeu um equívoco técnico no § 2.º do art. 157 do CPP, chamando de *fonte independente* o que, na realidade, corresponde à teoria da descoberta inevitável. De fato é esta que admite a produção da prova que, por si só, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova (OLIVEIRA, 2008, p. 310).

11 Um exemplo dessa segunda vertente do Direito Penal Máximo está no exemplo dado por Maximiliano Roberto Ernesto Führer. Segundo ele em 26.11.2003, no outro lado do Atlântico, no Hemisfério Norte, a rainha Elizabeth II, da Inglaterra, na sua tradicional *Fala do Trono*, na abertura do novo período legislativo, anunciou projeto de lei (Lei da Contingência Civil) ampliando enormemente os poderes das forças de segurança, tendo em vista o terrorismo. O referido projeto prevê proibição de reuniões, toque de recolher, isolamento de regiões inteiras, confisco e suspensão das garantias individuais. (FÜHRER, 2005, p. 104).

12 BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Edipro, 2008, p. 50.