



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS
CURSO DE DIREITO – CD
NÚCLEO DE PESQUISA E MONOGRAFIA - NPM

ANA PAULA FELICIANO

**PROVAS ILEGAIS: UMA INVESTIGAÇÃO HERMENÊUTICA ACERCA
DAS PROVAS NO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

BRASÍLIA

2011

ANA PAULA FELICIANO

RA 20889820

**PROVAS ILEGAIS: UMA INVESTIGAÇÃO HERMENÊUTICA ACERCA
DAS PROVAS NO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCeub. Orientador: Prof. Humberto Fernandes de Moura

BRASÍLIA

2011

PROVAS ILEGAIS: UMA INVESTIGAÇÃO HERMENÊUTICA ACERCA
DAS PROVAS NO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Por

ANA PAULA FELICIANO

Trabalho de Conclusão de Curso Direito com
nota _____ como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Direito, tendo
sido julgado pela Banca Examinadora formada
pelos professores:

Orientador: Prof. Humberto Fernandes de Moura

Prof. Msc. José Carlos Veloso Filho

Prof. Esp. Marcus Vinicius Reis Bastos

Brasília, 12 de maio de 2011.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Através desta declaração, isento meu orientador e a Banca Examinadora de qualquer responsabilidade sobre o aporte ideológico conferido a esta monografia.

ANA PAULA FELICIANO

Dedico esta monografia ao Fernando, companheiro e amigo de tantos anos, que, tendo paciência com meus arroubos juvenis, tanto contribuiu com meu crescimento pessoal.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelas oportunidades que me foram dadas na vida, pela saúde e pela vontade de caminhar, de procurar caminhos e me encantar com as pessoas, pois este encantamento me permite dia a dia vislumbrar a infinita beleza dada por Deus a cada ser humano;

Agradeço aos meus avós por terem me ensinado a ter fé, a acreditar nas pessoas e a acreditar na vida e assim, sempre esperar pelo melhor e sempre fazer o melhor com tudo o que a vida me deu;

Agradeço à minha mãe pela vida, pela dedicação e pelo amor que me deu em todos os momentos de minha existência, por tão bem cumprir o papel de mãe ao amparar e cuidar da vida que gerou;

Agradeço à amiga Débora, pelo socorro prestado no estudo da filosofia, facilitando a superação dos desafios impostos pela opção por pensar filosoficamente;

Agradeço ao meu orientador, por ter aceitado minhas idéias e me instigado ao autoquestionamento, por me mostrar meus erros e mostrar meus acertos, frisando que com isto, meu orientador me ajudou a compreender a importância da convicção e que o único caminho eficaz para construí-la é a busca pelo conhecimento;

Agradeço, por fim, a todos os professores capazes de, em seu exercício docente, fazer o mesmo pelos seus alunos, pois a compreensão da importância deste caminho é o primeiro passo para a construção de um ordenamento jurídico mais justo e humano.

“Ânimo!”, pediu-me o mestre. “Não é cedendo ao ócio nem refestelando-se sobre plumas que se obtém êxito. Aquele que à inatividade se entregar deixará de si sobre a terra memória igual ao traço que o fumo risca no ar e a espuma traça na onda. Vence a fadiga e o torpor, recobra o ânimo, que das vitórias sobre os perigos, a primeira é a da vontade sobre o corpo”.

(A DIVINA COMÉDIA, Dante Alighieri)

Conta uma lenda que, na Idade Média, um homem muito religioso foi injustamente acusado de ter assassinado uma mulher. Na verdade, o autor do crime era uma pessoa influente no reino e, por isso, desde o primeiro momento, se procurou um bode expiatório para acobertar o verdadeiro assassino.

O homem injustamente acusado de ter cometido o assassinato foi levado a julgamento. Ele sabia que tudo iria ser feito para condená-lo e que teria poucas chances de sair vivo das falsas acusações. A forca o esperava! O juiz, que também estava conluiado para levar o pobre homem à morte, simulou um julgamento justo, fazendo uma proposta ao acusado para que provasse sua inocência.

Disse o desonesto juiz: — Como o senhor, sou um homem profundamente religioso. Por isso, vou deixar sua sorte nas mãos de deus. Vou escrever em um papel a palavra INOCENTE e em outro a palavra CULPADO. Você deverá pegar apenas um dos papéis. Aquele que você escolher será o seu veredicto.

Sem que o acusado percebesse, o inescrupuloso juiz escreveu nos dois papéis a palavra CULPADO, fazendo, assim, com que não houvesse alternativa para o homem. O juiz, então, colocou os dois papéis em uma mesa e mandou o acusado escolher um. O homem, pressentindo o embuste, fingiu se concentrar por alguns segundos a fim de fazer a escolha certa. Aproximou-se confiante da mesa, pegou um dos papéis e rapidamente colocou-o na boca e o engoliu. Os presentes reagiram surpresos e indignados com tal atitude.

O homem, mais uma vez demonstrando confiança, disse: — Agora basta olhar o papel que se encontra sobre a mesa e saberemos que engoli aquele em que estava escrito o contrário (autor desconhecido)

RESUMO

Esta pesquisa apresenta uma reflexão articulada entre a filosofia, hermenêutica e o direito positivo em si, buscando a compreensão da função da vedação da prova ilícita no contexto histórico-constitucional, bem como, buscando a compreensão, a partir dos elementos interdisciplinares, da flexibilização do mandamento constitucional, admitindo as provas ilícitas em favor da prova de inocência do réu. Com esta base teórica, o posicionamento da doutrina pátria em matéria de processo penal é apresentado como arremate final deste tema, que após intensa polêmica, vem sendo pacificando nos Tribunais brasileiros.

Palavras-chave: prova ilícita; dignidade humana; hermenêutica constitucional;

RESUMEN

Esta investigación presenta una reflexión articulando la filosofía, la hermenéutica y el derecho positivo en sí mismo, tratando de entender la función de vedamiento de la prueba ilícita en el entorno histórico y constitucional, y, buscando, a partir de los elementos interdisciplinarios, la flexibilidad de mando constitucional, con la admisión de la prueba ilícita en favor de las pruebas de la demandada de su inocencia. Con esta base teórica, el posicionamiento del país en la enseñanza de procedimiento penal se presenta como un acabado final de esta cuestión que, después de un intenso debate, se ha pacificando en los tribunales brasileños.

PALABRAS-CLAVE: prueba ilícita, dignidad humana, hermenéutica constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 PROVAS ILÍCITAS E HIERARQUIA DE VALORES NO DIREITO POSITIVO.....	16
1.1 JUSTIÇA E EQUIDADE.....	17
1.2 FATORES CONSTITUTIVOS DA HERMENÊUTICA ENQUANTO CIÊNCIA JURÍDICA.....	19
1.2.1 Elementos históricos presentes na constituição.....	21
1.2.2 Hermenêutica constitucional: a interpretação histórica frente a outros métodos.....	23
1.2.3 interpretação com relação aos resultados ou extensão da norma.....	25
1.2.4 princípios da razoabilidade, proporcionalidade e efetividade.....	25
1.3 DIGNIDADE HUMANA E LIBERDADE.....	29
1.3.1 dignidade humana.....	30
1.3.2 a liberdade.....	32
1.4 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PRINCIPIOLOGIA ABORDADA.....	34
2 PROVAS ILÍCITAS E SUA INCIDÊNCIA ESPECÍFICA SOBRE O PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	37
2.1 A DOCTRINA BRASILEIRA E SEU POSICIONAMENTO ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL.....	39
2.1.1 as provas ilícitas em ávila.....	44
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

O amplo e rico campo de debate que a nova hermenêutica constitucional tem propiciado aos juristas não somente brasileiros, como de todo mundo, instiga ao estudo mais aprofundado acerca da aplicação das normas jurídicas. No caso desta pesquisa, o objeto de estudo foi delimitado nas matérias processual-penal e constitucional. Especificamente na questão “prova ilícita” ou “ilegal”.

Ocorre que o positivismo jurídico difunde dentre seus alicerces principais a questão da segurança jurídica. É em nome desta segurança, que consiste especialmente em saber antecipadamente quais os deveres e direitos de cada pessoa no convívio em sociedade, que cada um abre mão de parcela de sua liberdade individual, entregando-a ao Estado. Destaca-se isto, para frisar a importância da segurança jurídica e no contexto pesquisado, isto implica na máxima observância às normas do ordenamento jurídico.

Sabendo-se que no Brasil o direito nasce do Estado e um ordenamento eficaz conta com normas jurídicas legítimas e observadas pelas instituições e pessoas que compõe este ordenamento, a polêmica que se instituiu acerca das provas ilícitas, a partir da Constituição de 1988, figura como um interessante tema de estudo.

É que a regra constitucional veda, sem qualquer exceção, a utilização de provas obtidas de maneira ilícita para instrução em processo penal. Todavia, a doutrina brasileira em matéria processual penal, bem como a jurisprudência, acabaram por trilhar caminho diferente: apesar de não haver exceção no mandamento constitucional, esta regra passou a ser excetuada cada vez mais pacificamente no mundo jurídico, sempre que uma prova ilícita aproveitasse à inocência do acusado no processo penal.

O trabalho ao qual se dedica esta pesquisa é justamente investigar como se dá a construção técnica e filosófica deste entendimento, sem abalar um dos alicerces do positivismo, qual seja: a segurança jurídica.

Então, aproveitando os ensinamentos acadêmicos ministrados pelas diversas disciplinas ao longo de toda a graduação, propõe-se uma leitura interdisciplinar para este tema. Não somente a abordagem interdisciplinar sobre cada conteúdo, como também, as lições sobre cada conceito (como é o caso do conceito de justiça, que muito antes de ser um problema da ciência jurídica, o foi da filosofia), são considerados na articulação das idéias presentes neste trabalho.

A respeito da justiça, a evolução deste conceito ao longo da história do pensamento humano demonstra a importância da hermenêutica para o direito, pois é através da contribuição hermenêutica que o sistema jurídico se mostra capaz de acompanhar as modificações culturais de cada sociedade, ou seja: a hermenêutica é o elemento técnico que permite às normas jurídicas serem instrumentos flexíveis, amoldáveis às necessidades humanas e ao conceito de justiça, conferindo maior eficácia ao ordenamento jurídico como um todo.

A metodologia de trabalho adotada foi a pesquisa bibliográfica, contando com o apoio da filosofia clássica, representada em Aristóteles, da hermenêutica jurídica e da doutrina do processo penal, dentre outras fontes. Buscou-se evidenciar o caráter científico da hermenêutica, que através de seus diversos critérios interpretativos cunha uma abordagem mais precisa e segura da atividade interpretativa das normas jurídicas.

Compreendendo o Direito como um mecanismo desenvolvido para possibilitar o justo e harmonioso convívio em sociedade, os avanços do Estado moderno rumo à condição de Estado Democrático de Direito, onde um dos valores maiores é a Dignidade Humana, este conceito, o de Dignidade Humana, vem como uma das categorias mais importantes da pesquisa.

Toma-se então, a dignidade humana como um horizonte que converge com a justiça e que deve ser perseguido pelas ações do Estado para propiciar as condições de vida digna ao povo que representa. Esta é a “lanterna” que guiará a investigação das próximas páginas. A Dignidade Humana é a categoria que norteará outra categoria importante para esta pesquisa, que é a Hermenêutica Constitucional.

A Hermenêutica Constitucional por sua vez, será desenhada pelos seus métodos interpretativos, os quais demonstrarão detalhadamente o caminho percorrido pela jurisprudência e doutrina na afirmação do entendimento acerca das provas ilícitas.

Finalmente, do ponto de vista operacional, as provas ilícitas, denominação escolhida para utilizar a terminologia da Constituição Federal, constituem a última categoria fundamental desta pesquisa, que se estruturará nas próximas páginas da seguinte maneira:

O primeiro capítulo, de abordagem mais ampla, indicará a cultura jurídica brasileira, quais os valores jurídicos mais relevantes para esta ordem e qual o processo histórico que permeou a consolidação destes valores.

Vai tratar também da influência da filosofia de Aristóteles na ciência jurídica positiva: como os conceitos de justiça e equidade contribuem com o aprimoramento e manutenção do ordenamento jurídico e legitimam a atividade interpretativa.

Na sequência, ainda no primeiro capítulo, proceder-se-á a uma abordagem mais minuciosa dos elementos e critérios que instrumentalizam a hermenêutica enquanto ciência, buscando, através do levantamento destas informações, compreender o caminho que a norma percorre de seu texto até sua aplicação ao caso concreto, especialmente, no caso das provas ilícitas, do texto constitucional, até o processo penal em que este conceito incide e quais os princípios que permitem sua flexibilização sem desestruturar o ordenamento, tampouco o conceito.

É neste ponto, que serão apresentados elementos históricos mais concretos que afetaram a elaboração da constituição e seus dispositivos, os quais se prestarão a demonstrar a finalidade da norma constitucional em discussão.

Será apresentado então, o conceito de Dignidade Humana, delimitando-o no que concerne ao processo penal, ou seja: abordando este conceito, levando em conta os valores inerentes à dignidade e que ficam ameaçados, ou podem ser restringidos, através das consequências do processo penal, notadamente: a privação da liberdade.

No segundo capítulo, a análise será dirigida ao instrumental prático incidente sobre o problema das provas ilícitas: como o assunto é tratado no processo penal brasileiro e como a doutrina brasileira acabou se posicionando sobre o tema.

Finalizando o levantamento bibliográfico do assunto, será utilizada a obra de Thiago André Pierobom de Ávila, que discute o tema das provas ilícitas com abordagem semelhante à que se buscou enfatizar neste trabalho: a defesa de que o entendimento jurídico

brasileiro sobre o tema é garantista e em virtude deste entendimento, as provas ilícitas devem ser admitidas em exceções específicas, em nome do princípio da proporcionalidade. Mas este ponto será desenvolvido e esmiuçado nas considerações finais, que é onde cabe fazê-lo.

Finalmente, cumpre destacar que esta pesquisa assume os riscos da abordagem crítica em que se propõe apoiar-se, pois se entende que o bom preparo do acadêmico para o ingresso no mundo jurídico compreende não somente a habilidade em aplicar corretamente os dispositivos normativos, mas também em refletir criticamente acerca destes dispositivos e dos conflitos jurídicos, pois se questionando e questionando a realidade a sua volta, mostra-se capaz de contribuir para o aprimoramento das instituições jurídicas que regem a vida em sociedade.

1 PROVAS ILÍCITAS E HIERARQUIA DE VALORES NO DIREITO POSITIVO

O estudo que segue exposto neste documento, não se inclina ao heroísmo intelectual de realizar inovações, especialmente considerando que discutirá a questão tomando como norte o tema da justiça, tema este tão especulado ao longo do espaço e do tempo. Tampouco, espera-se nestas laudas, desvendar a natureza da Justiça. Nem mesmo Kelsen o conseguiu. Em seus ensaios publicados na obra “O que é Justiça”, sua primeira conclusão foi de que esta tarefa não é possível. Refutou as ilusões de que pensadores célebres, como Aristóteles e Platão, poderiam ter sequer se aproximado de concluir tal tarefa (KELSEN, 1997). Mas sim, será útil compreender a Justiça como um sentimento humano. Neste sentido, as lições de Kelsen conduzem à conclusão da justiça como sendo um sentimento mutável e constituído pelos valores relativos a cada época, construído coletivamente, numa tentativa de aproximar-se de um consenso impossível.

Pois bem, a evolução jurídica alcançada nos dias atuais, trilhou longo caminho. Princípios inconcebíveis nos dias de hoje, já foram considerados fundamentais nas sociedades cuja tradição elaboramos e aprimoramos, adequando ao tempo presente.

Se atualmente a liberdade humana é imprescindível para garantir a vida digna, é importante não perder de vista, que a própria escravidão também o fora. Ocorre simplesmente, que outrora, nem todos os seres humanos detinham o direito de levar uma vida digna, o que era perfeitamente aceitável para sociedades de outras épocas. Entretanto, nos tempos atuais, e no caso do Brasil este parâmetro é imposto pela Constituição, não é permitida distinção jurídica entre os seres humanos, senão as próprias relativas à equidade, tema que será tratado mais adiante.

Dentro deste contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagra como um de seus princípios a Dignidade da Pessoa Humana. A efetivação deste princípio se consolida num amplo rol de garantias, aglutinadas especialmente no artigo 5º da Carta. Aqui, reserva-se para observação a questão do devido processo legal, especificamente o papel das provas ilícitas e sua relação com o direito à liberdade, o direito de

cada ser humano de defender sua liberdade, como forma de garantir uma vida digna. Todavia, antes de adentrar neste paralelo e análise mais dirigida, é conveniente, e até fundamental, esboçar parte da construção filosófica sobre temas como justiça e equidade, presentes hoje e provavelmente por todo futuro, nos governos que se propõe a serem justos frente ao seu tempo.

1.1 JUSTIÇA E EQUIDADE

A busca pelo sentido dos termos justiça e equidade intriga a filosofia há milênios e recentemente, vem movimentando juristas de todo o mundo na tentativa de reduzir estes termos a conceitos universais e aceitáveis. Neste sentido, recorta-se uma das lições mais antigas e expressivas, herança da filosofia de Aristóteles:

[...] o eqüitativo é justo, porém não o legalmente justo, e sim uma correção da justiça legal. A razão disto é que toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta (Aristóteles, 1987)

A razão de ser da Lei¹ é realizar a justiça². Sem o subsídio da equidade, o escopo da justiça é inalcançável. Aquilo que parece justo para uns, poderá não ser para outros, mesmo diante dos olhos dos primeiros. Este dilema da justiça, que a torna um conceito tão indecifrável, tão indefinível, ocupa a atenção da humanidade há milênios e o mais próximo que se pôde chegar a uma formula de sucesso, foi instituir acessórios, ferramentas que permitam aproximar a ação do homem do seu ideal de justiça. Neste sentido, a equidade surge

¹ É certo que um código rigoroso e universal é imperativo para que um conjunto de relações sociais tenha como norte a segurança jurídica. Todavia, esta segurança pode converter-se em tirania caso as leis sejam aplicadas indiscriminadamente, sem levar em conta as peculiaridades inerentes às relações humanas. Como ensinou Kant, “cada ser humano é um universo em si mesmo” e disto se abstrai que as possibilidades resultantes das relações humanas são tão infinitas que é impossível prever a todas e, conseqüentemente, é impossível normatizar ou prever soluções jurídicas adequadas para todas. O relativismo jurídico, se moderado, longe de trazer insegurança à ordem, é uma forma de garantir que as leis evoluam, acompanhando a evolução social e mantendo-se reflexo da vontade coletiva e não, um instrumento de adequação, de formatação social.

² Toma-se justiça como um conceito impassível de delimitação exata. Como um conjunto de valores legitimados e adotados como válido através das convenções sociais, livremente motivadas. No Estado Brasileiro, para efeito desta monografia, a justiça pode ser norteada pelos princípios fundamentais presentes na Constituição de 88.

como meio de equacionamento e a hermenêutica consagra-se como ciência, como conjunto teórico que viabiliza a interpretação, a correta interpretação das leis (MAXIMILIANO, 2004).

A indissociabilidade entre justiça e equidade³ é ponto pacífico entre os estudiosos do tema. Há inclusive uma relação de continência entre os conceitos, pelo que se pôde perceber pelas leituras realizadas, uma vez que a justiça plena compreende o equitativo e o equitativo compreende a justiça relativa. Neste sentido, colhe-se:

a lei tem necessariamente caráter geral; por isso às vezes sua aplicação é imperfeita ou difícil, em certos casos. Nesses casos a equidade intervém para julgar, não com base na lei, mas com base na justiça que a própria lei deve realizar. Portanto, nota Aristóteles, o justo e o equitativo são a mesma coisa; o equitativo é superior, não ao justo em si, mas ao justo formulado em uma lei, que em virtude de sua universalidade, está sujeita ao erro (ABBAGNANO, 2007. pg. 96)

Ou nas palavras do próprio Aristóteles:

Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é obrigatoriamente abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão – em outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso.

Por isso o equitativo é justo, superior a uma espécie de justiça – não à justiça absoluta, mas ao erro proveniente ao caráter absoluto da disposição legal. E essa é a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade. (ARISTÓTELES, 1987, pg. 96)

As ações e ferramentas utilizadas pelo Estado precisam ser coerentes com os principais objetivos da sociedade. No caso do ordenamento jurídico, as Leis precisam ser adequadas e conduzirem aos valores maiores deste ordenamento. Se a ordem jurídica brasileira tem como horizonte a dignidade humana, a soberania, a cidadania, dentre os demais fundamentos da República, é mister que todas as Leis instituídas em seu âmbito, conduzam a este horizonte. Afinal, “A virtude de uma coisa é relativa ao seu funcionamento apropriado” (Aristóteles, 1987, pg. 102).

³ Equidade como o julgamento adequado ao caso concreto, onde as normas cedem umas às outras na medida exata para que cada uma aconteça na proporção de sua adequação e importância ao interesse coletivo e ao caso concreto. Este entendimento fica claro nas lições de BARROSO, 2010, acerca dos princípios de interpretação constitucional, especialmente a proporcionalidade e razoabilidade, não obstante, o princípio da eficiência das normas jurídicas.

Do exposto, e a partir da própria realidade prática, percebe-se que a aplicação de uma lei imutável e inflexível seria estupidez. A adequação da Lei ao fim proposto, através da interpretação, é uma tarefa da qual se ocupa a hermenêutica. Através desta ciência, ocorre a interpretação dos textos jurídicos, considerando alguns elementos e métodos, e este estudo, conduz a uma adequação entre a letra da lei e a sua aplicação mais justa.

1.2 FATORES CONSTITUTIVOS DA HERMENÊUTICA ENQUANTO CIÊNCIA JURÍDICA

O bom senso indica que o processo de interpretação não pode recair num relativismo absoluto, sob pena de transformar o Direito num barco sem leme, a vagar sem rumo conduzido simplesmente pela vontade do intérprete. O processo hermenêutico deve ser orientado por fatores claros e precisos, que embora admitam uma interpretação da letra da lei, delimitem o espaço desta interpretação, evitando assim, exuberâncias. Com vistas a este fim, diversos pensadores voltaram seus esforços para construir uma ciência da interpretação, estabelecendo métodos e instituindo categorias interpretativas.

Como o tema a ser desvendado neste trabalho ocupa-se da questão das provas ilícitas no processo penal brasileiro, a especulação sobre hermenêutica se dará de maneira dirigida à Constituição Federal, posto que é a Carta Magna que abriga as diretrizes do tema e a própria vedação explícita das provas ilícitas no processo penal. Assim, busca-se analisar os fundamentos de validade para que as provas ilícitas que possam trazer benefício ao acusado, ou mesmo promover sua absolvição, defendendo que sejam pacificamente admitidas Tribunais, visto, inclusive, que a doutrina já admite esta possibilidade, como será observado no capítulo seguinte.

Neste caso, o entendimento e a aplicação da Lei se dão de maneira aparentemente diversa do que pressupõe sua letra⁴. Entretanto, uma análise mais apurada demonstra de maneira irrefutável que esta aplicação condiz muito mais com o objetivo da lei,

⁴ A Constituição é categórica ao dizer que provas ilícitas são inadmissíveis no processo, mas a intenção não é blindar o processo contra a utilização destas provas e sim, proteger o devido processo legal e a ampla defesa do

que a aplicação da letra morta, sem permeá-la com os valores considerados no processo hermenêutico.

Neste sentido, a lição de Barroso dá o tom:

A interpretação constitucional é um fenômeno múltiplo sobre o qual exercem influência (a) o contexto cultural, social e institucional, (b) a posição do intérprete, (c) a metodologia jurídica. (BARROSO, 2009. pg. 128)

A interpretação se faz a partir do texto da norma (interpretação gramatical), de sua conexão (interpretação sistemática), de sua finalidade (interpretação teleológica) e de seu processo de criação (interpretação histórica) (BARROSO, 2009. pg. 129)

Portanto, para compreender a construção jurídica de uma sociedade é indispensável a compreensão do processo histórico que precedeu sua instituição. Assim, a finalidade da norma, e sua conexão com o caso concreto ficará também mais evidente.

Todos os elementos arrolados pelo autor harmonizam-se no processo de interpretação, ou seja:

A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da carta. (BARROSO, 2009. pg. 141)

Isto posto, ficam claros dois pontos relevantes para este estudo: o primeiro, que a hermenêutica, ou ciência que subsidia da interpretação, deve seguir critérios rígidos ao decodificar os textos legais, ou seja, aplicar seus critérios ou métodos como ciência de fato, a fim de esquivar-se do relativismo e utilizar a hermenêutica para “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa” (STRECK, 2010). O segundo, que as normas, em determinadas circunstâncias, podem chocar-se com os princípios, situação em que perderiam sua razão de ser, visto que as normas são concebidas para atingir um fim específico. Neste sentido,

[...] violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais (MELLO apud BARROSO, 2009. p. 157)

aos princípios cabe, além de uma ação imediata, quando diretamente aplicáveis a uma relação jurídica, uma outra, de natureza mediata, que é a de funcionar como critério de interpretação e integração do Texto Constitucional. (Barroso, 2009. pg. 156)

Outra lição que se extrai das notas hermenêuticas dos teóricos, é a superação da crença de que não há atividade interpretativa em texto legal claro. Pois “a zona de clareza existente na lei enfraquece a atividade do intérprete, mas não o condena a uma acrítica interpretação literal” (BARROSO, 2009. pg. 110). É o caso, conforme se pretende demonstrar, artigo 5º, LVI da Constituição Federal, segundo o qual “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Em face ao caso concreto, as ferramentas que a hermenêutica disponibiliza para o entendimento da norma devem ser utilizadas para alcançar a verdadeira finalidade desta, pois “embora o espírito da norma deva ser pesquisado a partir de sua letra, cumpre evitar o excesso de apego ao texto, que pode conduzir à injustiça, à fraude e até ao ridículo” (2009. pg. 132)

Para clarear estes apontamentos sobre processo penal, é conveniente um breve apanhado da história política e mesmo jurídica do país, no momento em que a Constituição foi concebida. Esta noção do contexto histórico que ensejou a promulgação da nova Constituição auxilia no entendimento da finalidade da norma, que é importante para a interpretação teleológica do art. 5º, LVI da Lei Maior.

1.2.1 Elementos Históricos Presentes na Constituição

Não faz muito tempo, o Brasil superou a “singular” ordem jurídica instituída durante o regime militar. Esta é a conjuntura histórica que situa e justifica a Constituição deste país, um documento que nasceu como um grito de protesto e um escudo protetor, pretensamente capaz defender a nova ordem que surgia, de todo tipo de arbitrariedade, de desequilíbrio ou de abuso de poder.

A ordem jurídica do regime militar é considerada singular porque erradicou garantias dos direitos à cidadania, introduziu sanções severas, a exemplo a pena de morte e a prisão perpétua, que passaram a ser admitidas nos casos de subversão, ao mesmo tempo em que o habeas corpus foi suspenso, entre outras restrições (DOTTI, 2008).

O processo penal, especificamente, pode ter suas garantias atuais contrastadas com a discricionariedade dos atos de quem julgava e aplicava as penas durante o regime militar. A fragilidade do réu, no antigo regime, era algo devastador. Não havia limites para as penas impostas pelo Estado. O Poder Executivo, então sob o jugo dos militares, interferia de maneira ilimitada nos atos do Poder Judiciário, bem como ocupava os espaços do Poder Legislativo através das nomeações dos chamados senadores “biônicos”, modalidade que também se estendeu aos governadores e diversos prefeitos. Com a indicação pelo regime militar destes senadores, governadores e prefeitos, o povo não mais os elegia, e os políticos indicados pelos militares para o exercício destas funções, agia rigorosamente de acordo com as ordens deste poder. O desempenho de atos dos Poderes legislativo e judiciário através do Executivo (militar) era tão acentuado, que a ordem social contava na verdade com um único Poder.

A preocupação com os excessos da persecução e punição no processo penal ensejaram a criação de um sistema penal com amplas proteções ao acusado, que é a leitura que se pode depreender do texto constitucional e dos registros históricos do país.

A incidência de tais elementos na compreensão da norma é demonstrada por Maximiliano:

A história da Constituição e de cada um de seus dispositivos contribuem para se interpretar o texto respectivo. Estudem-se as origens do Código fundamental, as fontes de cada artigo, as causas da inserção das diversas providências na lei, os fins que se tiveram em mira ao criar determinado instituto, ou vedar certos atos. Tente-se compreender o estatuto brasileiro à luz da história e da evolução dos princípios republicanos; examine-se quais as idéias dominantes na época do advento do novo regime, o que se pretendeu manter, o que se preferiu derrocar. (MAXIMILIANO, 2004. pg. 253)

As cicatrizes deixadas foram profundas e pouco mais de três décadas após esta experiência, a sociedade ainda chora suas perdas: os tantos assassinados, exilados, torturados, ou, simplesmente “desaparecidos”. Foram estes os frutos deste perverso modelo de Estado, que

mantinha a ordem prometida ao povo silenciando (às vezes definitivamente) os insurgentes, que não aceitavam dar sua liberdade em troca desta ordem.

Apesar de contar com uma parcela conservadora, os senadores “biônicos” remanescentes do regime militar, a Constituinte, como quem quer mostrar que aprendeu com suas experiências, deu sua resposta: visando abrandar a vulnerabilidade do réu frente ao “gigante” Estado, no confronto processual, o artigo 5º da Constituição traz um amplo rol de garantias ao réu. Estas garantias atreladas formam o Devido Processo Legal. É importante considerar que todas estas garantias, visam equacionar as forças no processo e que, para tanto, cada um dos incisos que compõem este rol, objetivam beneficiar o réu.

Logicamente, as garantias ofertadas ao processo penal não foram as únicas indulgências da nova Constituição. Toda a composição do documento é marcada pelo imensurável esforço de construir uma obra útil à sociedade como um todo. O que fica evidente, apesar de ser marcada também pelo desafio de abrigar interesses tão conflituosos na sociedade, como é o caso da função social da propriedade e da propriedade privada. Esta antinomia constitui uma fonte inesgotável de demandas para apreciação jurídica neste país.

Apesar do título de utópica, rendido à Constituição Federal do Brasil, em virtude do referido artigo 5º e demais dispositivos instituidores de tantos direitos que o Estado perde de vista, sem dúvidas a Constituição Federal, fornece subsídios para a distribuição de justiça a quem aspira contribuir com esta empreitada.

1.2.2 Hermenêutica Constitucional: A Interpretação Histórica Frente a Outros Métodos

Este breve retrato, acima exposto, assinala alguns elementos históricos de grande relevância na interpretação constitucional através do método histórico. Mas, quanto à natureza da interpretação, há ainda outros métodos que precisam ser imbricados nesta tarefa, quais sejam: gramatical, teleológico e sistemático. Há doutrinadores que defendem que o que se interpreta na norma não é somente sua letra, mas também todos os valores sociais, políticos e ideológicos que estão implícitos em sua composição (BARROSO, 2009. pg. 138).

Segundo o método sistemático de interpretação,

Uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido, ou mesmo estar em contradição com outra. Não é possível compreender integralmente alguma coisa – seja um texto legal, uma história ou uma composição – sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. A visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema é vital. (BARROSO, 2009. pg. 140).

Na interpretação teleológica, “as normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade” (BARROSO, 2009. pg. 143). Barroso leciona o método teleológico, frisando que deve ser buscado, na interpretação, o espírito da lei, o fim ao qual ela se destina, buscando as “finalidades mais elevadas do Estado”, quais sejam: “a segurança, a justiça e o bem-estar social”. (2009. pg. 145). Assim, dentro da interpretação sistemática, o intérprete deve harmonizar os conflitos, buscando a unidade da constituição, unidade esta que constitui também um princípio (2009. pg. 202). Afinal,

[...] uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna. (HESSE *apud* BARROSO, 2009, p. 203)

Quanto ao método gramatical, consiste em analisar a letra da lei. A mescla de todos estes elementos no ato de interpretar a Constituição funda o desafio do hermenauta. Este, não pode ignorar nenhum elemento, pois todos se complementam e harmonizam. Por exemplo, a respeito do método teleológico:

Segundo estudos da Universidade de Coimbra, de 1722, descobrem-se o sentido e o alcance de uma regra de direito, com examinar as circunstâncias e os sucessos históricos que contribuíram para a mesma, e perquirir qual seja o fim do negócio de que se ocupa o texto (MAXIMILIANO, 2004. pg. 124)

Para este autor, o elemento histórico apresenta-se na atividade hermenêutica de maneira menos influente que aparece nos apontamentos de Barroso. Maximiliano alerta que o excessivo apreço ou o completo repúdio ao elemento histórico podem ofertar perigo à atividade do hermenauta. (2004. pg114). Apesar desta ressalva, e mais algumas presentes em

sua obra, admite que explicar a origem, a razão de ser do dispositivo, ajuda a compreender ele próprio. (2004. pg. 122)

1.2.3 Interpretação com Relação aos Resultados ou Extensão da Norma

De acordo com a natureza da norma e de acordo com os efeitos produzidos pela mesma, será determinada a extensão de seu alcance, bem como os seus resultados.

Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana, ou afetam a propriedade; conseqüentemente, com igual reserva se aplicam os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade (MAXIMILIANO, 2004. pg. 263. grifo no original)

Assim, uma das mais marcantes características da hermenêutica constitucional consiste na interpretação restritiva de todas as normas que fixem punição ou restrinjam direitos em geral e interpretação extensiva das normas que fixam direitos, bem como as garantias constitucionais. Isto remete novamente à questão dos princípios e da conjuntura histórica que cerca a Carta. A Constituição de 88, propõe-se a ser um documento garantista e dentro desta premissa, a interpretação quanto à extensão da norma, não poderia ser diferente.

1.2.4 Princípios da Razoabilidade, Proporcionalidade e Efetividade

Por mais que a hermenêutica se proponha a harmonizar os conflitos e antinomias constitucionais e de toda ordem jurídica subordinada, estes conflitos sempre existirão, pela própria natureza do Direito. Assim, muitas vezes é necessário ponderar sobre qual o valor mais relevante a ser preservado na ordem jurídica e qual causará menos dano se for relegado.

Neste contexto, quando uma prova é obtida de maneira ilícita, há que se cuidar se a norma que foi transgredida detém maior valoração que o direito à liberdade, ou à dignidade ou à honra, ou ainda, à eventual outro direito em questão. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito consiste na ponderação acerca do resultado obtido e a perda decorrente da aplicação da medida. Em suma, as vantagens precisam superar as desvantagens (Barroso, 2009. pg. 235), pois só assim, a aplicação da lei encontrará legitimidade e embasamento científico.

No caso do processo penal, cabe frisar que a persecução penal é responsabilidade específica do Estado, que pode admitir, em casos específicos, a intervenção de particulares. Assim, sendo a persecução penal prerrogativa do Estado, aplica-se ao tema o princípio da razoabilidade, que “é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça.” (BARROSO, 2009. pg. 230-231). É um princípio que “integra o direito constitucional brasileiro, devendo o teste de razoabilidade ser aplicado pelo intérprete da Constituição em qualquer caso submetido ao seu conhecimento.” (BARROSO, 2009. pg. 244)

Com relação ao princípio da efetividade, trata-se da “necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso.” (Barroso, 2009. pg. 253).

Finalmente, nas lições de Maximiliano, surge a fórmula para o problema de que se ocupa a hermenêutica:

Para atingir, pois, o escopo de todo o direito objetivo, é força examinar: a) a norma em sua essência, conteúdo e alcance (quoetio júris, no sentido estrito); b) o caso concreto e suas circunstâncias (quoestio facti); c) a adaptação do preceito à hipótese em apreço. (2004. pg. 6)

A proporcionalidade é um horizonte buscado desde a equidade, como conseqüência desta. É um princípio evocado por pensadores célebres, como Montesquieu, que ao pensar na divisão do Estado em poderes equânimes, busca a moderação, o repúdio aos excessos a que o Poder do Estado, se unificado num só ente, poderia se inclinar e a conseqüente usurpação de direitos decorrente deste excesso. Surge então, o princípio da

proporcionalidade na Constituição, um instituto hermenêutico, nascido das lições sobre equidade e Justiça.

Embora não se destaque explicitamente este princípio, ele assume importância normativa na efetivação da Constituição, pois a forma como a Carta foi estruturada, exige adequação entre seus dispositivos e equacionamento de normas. Ocorre que nossa Lei Maior é analítica, ou seja, é um documento extenso que busca reger expressamente o maior número de direitos, deveres e conflitos quanto for possível. Logicamente, quanto mais normas compuserem uma Constituição, maior será a probabilidade e efetivação real de antinomias no documento.

Justamente este é o ponto: o princípio da proporcionalidade é a ferramenta fruto da hermenêutica que subsidia cientificamente a ação do jurista: possibilita a fundamentação das teses advocatícias, as decisões judiciais e as construções doutrinárias, onde um direito constitucionalmente previsto e, portanto, de suma relevância para a ordem jurídica da nação, pode ser relegado em nome de outro direito, constitucionalmente previsto, entretanto, mais relevante no caso específico, visto que a injustiça de preterir o segundo seria mais grave que a injustiça de preterir o primeiro.

Nas palavras do Desembargador catarinense, Amaral e Silva, a lição sobre a equidade, hermenêutica e proporcionalidade mostra-se suntuosamente:

Nós, juízes, não somos repetidores de textos legais, somos muito menos juízes de leis, somos juízes de Direito.

Na difícil tarefa de fazer justiça, o julgador não pode se alhear dos aspectos humanos do conflito que tem de compor, principalmente na área penal.

Há, em nosso cotidiano, o importante poder criativo da jurisprudência, direito vivo, nascido da humana interpretação sociológica, teleológica e finalística.

Tal interpretação, sem negar à vigência a lei, há que humanizá-la, para que não sejamos “escravos da lei”, mas seja a lei, escrava dos interesses humanos e esses, para estarem em conformidade com o Direito, tem de estar de acordo com a paz social, o bem comum, a equidade. Em Direito Penal, a racionalidade e a proporcionalidade.⁵

Na aplicação da lei brasileira, há um caso específico que ilustra muito bem as noções reunidas até o momento. É a questão do “furto famélico”, um lamentável quadro que se repete amiúde como fruto das violentas desigualdades sócio-econômicas presentes no

Brasil. Na ocorrência do furto famélico, é praxe os Tribunais nacionais descaracterizarem o delito. É certo que há nestes casos violação de direito. Entretanto, tal violação ocorre na defesa da própria sobrevivência. Se uma pessoa pobre, desnutrida, enfraquecida pela inanição, insana pelo sofrimento é impelida a furtar alimentos para fugir de sua condição indigna, é razoável condená-la pela ofensa ao patrimônio quando o bem que esta buscava proteger era a vida? Absurdo seria responder afirmativamente.

Em acórdão sobre o tema, o Tribunal de Justiça de São Paulo para absolver acusada pelo furto de alimentos, os quais visariam saciar sua fome, “Traz à baila a aferição dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, previstos na Lei Maior de nosso país.”⁶

Ainda o mesmo Tribunal, proferiu decisão belíssima, fundada nos mesmos princípios. Trata-se de caso em que ocorreu furto de carne por homem que pretendia saciar sua fome e a de sua companheira, ambos necessitados e carentes de recursos, cuja decisão segue a fim de ilustrar a aplicação prática destes princípios na busca de justiça ao caso concreto:

Seria inconseqüência considerar, *data maxima vènia* daqueles que entendem de modo contrário, alguns quilos de carne, nos dias atuais e num país de abundância do agro-negócio, como objeto de furto, dada a irrelevância do valor jurídico-patrimonial, ainda mais, como se sabe, quando foi apropriado, para saciar a fome de seres humanos, do acusado e de sua companheira. Eis aqui inconcusso e irrefutável exemplo de crime de bagatela, como fato jurídico-penal não punível.

[...]

Reconheça-se: a força da necessidade é insuperável, leva a atitudes por vezes demarcadas como crimes. E, se a necessidade estiver atada à fome, justifica-se, decerto, a invasão da esfera da ilegalidade penal, em nome de um direito maior: o da sobrevivência (cf. artigo 5º, *caput*, da CF), reconhecido desde tempos imemoráveis, como um Direito Natural.⁷

Na mensuração de todos estes elementos frente aos direitos defendidos pelo réu no processo penal, há que se considerar especialmente a valoração da liberdade, tema que será apreciado mais adiante. Não somente a liberdade está em conta no processo penal, mas eventualmente também o direito à propriedade, caso o réu seja possuidor e sabendo-se que a

⁵ TJSC. Apelação Criminal n. 2005. 029820-8, de Rio do Sul. Rel. Desem. Amaral e Silva. 22/11/2005.

⁶ TJSP. Apelação Criminal n. 990.09.002382-1, de Guararepes. Rel. Desem. Luis Augusto Freire Teotônio. 18/12/2009.

⁷ TJSP. Apelação Criminal n. 990.08.075384-3, de Guarulhos. Rel. Desem. Sydney de oliveira Jr. 08/04/2009.

condenação criminal enseja reparação cível. Não obstante, também se empenha a honra, a boa fama, a imagem do réu, valores que, apesar de serem extremamente subjetivos, não deixam de ser relevantes, pois são inerentes à dignidade humana.

Alguns valores, uma vez feridos, são de difícil reparação. É sabido e incontestável o estigma que carrega a pessoa que responde a processo judicial. Mesmo processo de ordem cível, muito mais severamente de ordem penal. Por vezes, a condenação nem mesmo é necessária e a absolvição não é suficiente para aplacar a repercussão negativa gerada pelo processo. Mesmo após o cumprimento da pena imposta pela Justiça, onde, em tese, o condenado teria quitado sua dívida com a sociedade, a penalização subsiste através da discriminação social. Imagine-se, então, a proporção de uma injustiça, se um inocente for condenado.

Em virtude destas conseqüências, é fundamental que a proporcionalidade seja aplicada como princípio hermenêutico, confrontando os valores jurídicos tutelados pelo Estado, e a adequação entre a pena e o delito, uma vez que a pena deve inibir o crime, que de maneira alguma pode ser estimulado, mas não deve ser excessiva demais, para não castigar uma pessoa além de sua conta. É a lição do Aristóteles sobre o meio-termo: o ponto exato da virtude, a difícil habilidade de alcançar a justiça em qualquer modalidade de ação, comportamento ou sentimento humano.

1.3 DIGNIDADE HUMANA E LIBERDADE

A dignidade humana é o conceito mais importante da ordem jurídica brasileira, é a este conceito que se prestam todos os demais e é para realizar as condições de existência da vida com dignidade que se institui o Estado Democrático de Direito.

É também um conceito bastante amplo, visto que se insere no âmbito da autossignificação de cada ser humano: cada pessoa conhece suas necessidades e sabe daquilo que lhe é imprescindível para uma vida digna. É um conceito tão amplo que, por muitas vezes acaba beirando o limiar da banalização jurídica. Entretanto, nem mesmo a banalização deste instituto seria capaz de privar-lhe de tamanha importância.

Para delimitar então a amplitude do conceito de dignidade, limitar-se-á a discutí-lo no âmbito do processo penal, enfocando os aspectos da dignidade humana que se relacionam e se ameaçam na demanda penal.

Será verificado então, que o maior bem em risco numa demanda penal, caso a sentença pronuncie-se pela condenação do réu, é a liberdade. Do ponto de vista imediato, o primeiro bem que se restringe neste caso é a liberdade. Ocorre que da liberdade decorre a própria dignidade. Especialmente se consideradas as condições do sistema prisional brasileiro, tão precário e tão abarrotado de pessoas, com muito mais presos do que suas instalações podem suportar.

Muitas consequências decorrem de uma condenação penal no Brasil. É neste contexto que a dignidade humana deve ser considerada e é neste contexto que a liberdade deve ser defendida.

1.3.1 Dignidade Humana

A Dignidade é um conceito que vestiu diversos requisitos, transitórios ao longo da história. Pode ser considerado um conceito, tal como a justiça, mais inerente ao sentimento social de cada época que uma idéia autônoma e imutável. Ou seja, os fatores que constituem a condição digna da pessoa, alteram-se ao longo da história e no ordenamento positivo, estão ligados às diversas garantias legais que atribuem condições de vida confortáveis, não no sentido financeiro, mas no sentido em que a pessoa vive bem por si, sem sofrer qualquer tipo de violência arbitrária.

Associando esta definição às normas brasileiras, uma pessoa que vive com dignidade, não sofre a violência da fome, não sofre a violência física (em sentido extremo, tortura), não sofre a violência da difamação, não é separada de seus filhos ou pais, não é privada de seus bens, enfim, a pessoa que vive com dignidade, goza, numa ordem justa, dos direitos assegurados na Constituição, destacadamente os arrolados no artigo 5º, e também em certas normas infra-constitucionais.

Sempre que um direito de suma relevância é ameaçado, o princípio da dignidade humana é evocado e para proteger a dignidade humana, diversos “remédios” são previstos no ordenamento, tal como o *habeas corpus*, que refuta a prisão injusta, ou ato outro que restrinja a liberdade, o mandado de segurança, que protege “direito líquido e certo”, e este pode ser de diversas origens, pois o leque de direitos que se abre é extenso e pode se expandir ainda mais, demonstrada a relevância do feito.

A concepção de dignidade, como ordem geral, pode ser de certa forma, intuitiva, pois é inerente ao sentimento humano. Por certo que o sentimento individual de dignidade pode assumir conotações diferentes, de acordo com as experiências de cada pessoa, e de acordo com o padrão sobre o qual cada pessoa se habitou a sustentar seu modo de vida. Todavia, a subjetividade inerente ao conceito, não o afasta de uma pactuação coletiva, que neste caso, é versada na Constituição, e que acolhe circunstâncias como as já citadas.

Para reforçar o sentido do conceito de dignidade, é oportuno salientar também, a seguinte definição:

Como “princípio da dignidade humana” entende-se a exigência enunciada por Kant como segunda fórmula do imperativo categórico: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim e nunca unicamente como um meio”. Este imperativo estabelece que todo homem, aliás, todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor não relativo (como é, p. ex. um preço), mas intrínseco, ou seja, a dignidade. “O que tem preço pode ser substituído por alguma coisa *equivalente*; o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem [dignidade].” [...] Na incerteza das valorações morais do mundo contemporâneo, que aumentou com as duas guerras mundiais, pode-se dizer que a exigência da D. do ser humano venceu uma prova, revelando-se como pedra de toque para a aceitação dos ideais ou das formas de vida instauradas ou propostas; isso porque as ideologias, os partidos e os regimes que, implícita ou explicitamente, se opuseram a essa tese mostraram-se desastrosos para si e para os outros. (ABBAGNANO, 2007. pg. 326)

Com isto, entende-se a dignidade como valor supremo de um ordenamento. Um horizonte a ser perseguido em toda atividade jurídica e sem o qual, a mesma não tem razão de existir. A dignidade é um bem imensurável, de fato. Por este motivo, por exemplo, são garantidas aos presos, mesmo aos condenados pelos crimes mais hediondos, condições dignas de sobrevivência durante o período em que estiverem cumprindo suas penas. Logicamente, esta garantia está muito longe de ser efetivada no Brasil, como também o está em países mais desenvolvidos. Esta é uma crise do sistema prisional, que embora acentuada

neste país, não é uma realidade singular; mais que isto: é ainda mais crítica em alguns países. Ocorre que a falta de recursos, a superlotação e a própria natureza do sistema penal brasileiro (retributiva-punitiva) constituem-se como obstáculos para que pena privativa de liberdade respeite o preceito da dignidade do apenado ou apenada.

O Estado tem o direito e o dever de punir aqueles que transgridem as normas sociais, entretanto, deve fazê-lo com razoabilidade. No bom direito, é preferível absolver um culpado, que condenar um inocente. Mesmo a dignidade daquele que fere o direito de outrem, deve ser preservada, pois a dignidade é, em qualquer circunstância um bem inestimável, insubstituível e absolutamente inalienável.

1.3.2 A Liberdade

A liberdade, embora possa ser considerada como um dos direitos fundamentais à efetivação da dignidade é também um direito autônomo e fundador da ordem jurídica no Estado Democrático de Direito. Nos avanços jurídicos da humanidade, é cada vez mais inadmissível um ordenamento jurídico que não tenha como escopo a garantia da liberdade, seja individual ou coletiva.

Este é um direito de tal importância, que em algumas ordens jurídicas é considerado mais importante que o próprio direito à vida⁸. Há correntes teóricas que consideram que uma vida privada de liberdade é destituída de dignidade, tornando-se vã de ser vivida. Este tipo de cotejo divide filósofos e teóricos há tempos e, aparentemente, constitui um dilema impassível de solução.

Eventualmente, a liberdade individual precisa ser suprimida, apesar de sua importância. Esta supressão é necessária para preservar a liberdade coletiva ou tutelar outros

⁸ Um exemplo que pode se depreender vem da Constituição dos Estados Unidos da América em seu Preâmbulo: “Nós, o povo dos Estados Unidos, a fim de formar uma União mais perfeita, estabelecer a justiça, assegurar a tranqüilidade interna, prover a defesa comum, promover o bem-estar geral, e garantir para nós e para os nossos descendentes os **benefícios da Liberdade**, promulgamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América” (disponível em: < <http://www.embaixadaamericana.org.br/> >, acesso em 09 nov. 2010. Sem grifo no original)

direitos quando a pessoa penalizada oferece perigo à paz social. Então, o direito à liberdade não é absoluto, pois encontra esta restrição, que tem um objetivo específico e razoável. Não ocorre o mesmo com o direito à dignidade, pois penalizar uma pessoa com a usurpação ou restrição do direito à dignidade não visa nenhum objetivo específico, que não o mero revanchismo, e nem tem razoabilidade.

Neste sentido, colhe-se a lição:

Toda organização social e política deveria ser a organização da liberdade. Afinal os homens aglutinaram-se em comunidades – da tribo ao Estado Nacional – para unirem interesses comuns, defenderem-se de ameaças e progredirem. Isto é, a organização sócio-política deveria ser a organização das liberdades individuais para se obter o máximo de liberdade coletiva, evitando-se que o direito indiscriminado de um atinja os demais com restrições aos seus direitos, ou para que isto aconteça de forma igualitária e dirigida por uma vontade coletiva. (COELHO in SOUSA, 1990. p. 137)⁹

Considerando este ponto de vista, a restrição da liberdade individual, desde que não feita com exageros, não constitui injustiça: não há que se falar em liberdade quando os ímpetus de um se impõe sobre a liberdade de outro (s). Isto é na verdade, degeneração da ordem. É o que acontece nos casos de tirania, de regimes repressivos. É contrário à ordem e ao princípio da justiça, na lição de Aristóteles, que consiste em dividir o maior número possível de privilégios ao maior número possível de pessoas (ARISTÓTELES, 1992).

A limitação da liberdade é essencial para que a própria liberdade possa existir.

Em sociedade, a Liberdade consiste na possibilidade de escolhas delimitadas por leis estabelecidas por um poder para isso designado pelo consenso dos cidadãos. Em outros termos, a L. política supõe duas condições: 1ª existência de normas que circunscrevam as possibilidades de escolha dos cidadãos; 2ª possibilidade de os próprios cidadãos fiscalizarem, em determinada medida, o estabelecimento destas normas. Desse ponto de vista, o problema da L. política é um problema de medida: a medida na qual os cidadãos devem participar da fiscalização das leis e a medida na qual tais leis devem restringir as possibilidades de escolha dos cidadãos. Esse sempre foi um problema do liberalismo clássico, ou seja, de qualquer liberalismo autêntico, seja ele antigo ou moderno. (ABBAGNANO, 2007. pg. 704)

⁹ COELHO, João Gilberto Lucas. **A constituinte como organização da liberdade.** In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. org.; 1990. pg. 137.

Ou seja: se a liberdade individual fosse absoluta, deixaria de existir, pois poderia invadir a esfera da liberdade alheia. Com isto, a liberdade do mais fraco seria a primeira a ser sacrificada; haveria a liberdade absoluta de um homem em matar outro, em apropriar-se do bem de outro, em subjugar outro ser humano. A vida em sociedade seria um verdadeiro caos. Então, como demonstrado acima, ABBAGNANO demonstra que o limite de escolhas dos cidadãos deve ser fixado previamente, para que as pessoas conheçam suas zonas de segurança e os limites que devem respeitar na zona de segurança alheia.

Em segunda instância, a liberdade se efetiva na fiscalização pelos cidadãos, da forma como estas normas são elaboradas e aplicadas. É o que impede as normas de serem abusivas no tolhimento da liberdade. Esta fiscalização parte da consciência do cidadão a respeito do limite de sua interferência sobre a edição das normas que limitam a sua própria liberdade.

1.4 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A PRINCIPIOLOGIA ABORDADA

Das leituras realizadas, das reflexões apresentadas e do espírito que o trabalho assumiu até este momento de sua feitura, figurou de maneira evidente que os valores sociais mais relevantes na história da humanidade permanecem, como foram desde sua concepção, num campo impassível de precisa definição. Tal caso ocorre com as idéias de justiça, Dignidade, Eqüidade, Liberdade, entre tantas outras. Ainda assim, a humanidade permanece buscando alcançar estes horizontes.

É desta zona de incerteza e imprecisão que nasce a missão do hermeneuta: identificar critérios científicos que auxiliem a interpretar as normas e aplicá-las utilizando a medida necessária de subjetividade e relativismo sem deixar que os princípios e técnicas interpretativas banalizem a aplicação das leis, o que levaria a recair na crítica de STRECK, acerca da possibilidade de que qualquer tese jurídica, ainda que absurda, pudesse ser sustentada.

A relevância de elencar estes conceitos e métodos funda-se na necessidade de demonstrar o mérito de alguns dispositivos legais e o caráter científico dos métodos interpretativos, de modo a conferir validade ao entendimento doutrinário acerca das provas ilícitas serem válidas em favor do réu.

Indo além deste objetivo, a percepção de justiça como conceito abstrato, faz despontar uma idéia fixa, que mesmo quando todas as demais desaparecem da mente, mantém-se clara e contumaz: a justiça, não pode ser, de maneira alguma, um conceito imutável. Se o homem houvesse encontrado em algum momento da história uma fórmula que fizesse da justiça um conceito permanente, todas as gerações que se seguissem a esta estariam fadadas ao fracasso e à frustração.

Talvez uma das maiores belezas da humanidade seja a habilidade de errar, de aprender com seus erros e de rever seus conceitos. A habilidade de evoluir. Especialmente a vontade de buscar sempre a justiça.

Assim, é com gratidão que fecha-se este primeiro capítulo apoiando-se em trecho da Obra brasileira “O Direito Achado na Rua”, que sintetiza e traduz a mensagem mais importante apreendida nestas laudas:

O que seria uma legítima organização social da liberdade?

Gostaria de colocar como ponto de partida para esta questão uma afirmação do filósofo Castoriadis: “Uma sociedade justa não é uma sociedade que adotou leis justas de uma vez por todas, mas sim, **uma sociedade onde a questão da justiça permanece constantemente aberta**”, ou seja: onde a possibilidade socialmente real de questionar a lei e externar a divergência, exista. Em outras palavras, uma sociedade onde as regras legais não representem servidão, e sim, um espaço de expressão, contestação e negociação: uma referência para o exercício da liberdade (PAOLI in SOUSA, 1990. p. 140. Grifo no original)¹⁰

Então, tomando a liberdade como alicerce da dignidade, compreendendo que a capacidade do sistema jurídico de revisar-se e amoldar-se às peculiaridades humanas, longe de ser um sinal de vulnerabilidade, é antes um sinal de maturidade e boa vontade em contemplar as necessidades do corpo social, proceder-se-á à análise dos posicionamentos

¹⁰ PAOLI, Maria Célia Pinheiro. **Constituinte e direito**: um modelo avançado de legítima organização da liberdade? In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. org.; 1990. pg. 140 – grifo no original

doutrinários sobre as provas ilícitas no processo penal, a partir da doutrina específica da matéria.

A base filosófica e hermenêutica até aqui construída, será então, somente o ponto de partida, para conferir maior legitimidade ao posicionamento técnico que será demonstrado.

2 PROVAS ILÍCITAS E SUA INCIDÊNCIA ESPECÍFICA SOBRE O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Antes de adentrar na discussão proposta para o capítulo, é importante definir o conceito proposto para o termo “prova ilícita”. Para a doutrina há uma diferenciação entre as provas ilícitas e ilegítimas, como se verifica:

Apesar de espécies de provas ilegais, as prova ilícitas não se confundem com as provas ilegítimas. Enquanto, as provas ilícitas são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Disto conclui-se que determinadas provas ilícitas podem, ao mesmo tempo, ser ilegítimas, se a lei processual também impedir sua produção em juízo. (DONZELE, 2004)

Como a própria Constituição não distingue ambos os tipos de provas ilegais, para conceituação, o termo prova ilícita, nesta pesquisa, refere-se aos recursos probatórios utilizados no processo penal que, na sua produção ou obtenção, tenham causado ofensa a algum direito ou norma processual. A exemplo, as escutas telefônicas clandestinas, as gravações ambientais ou provas obtidas por meio de invasão, ou buscas sem mandado, entre formas de violação de direitos.¹¹

Conforme observado no primeiro capítulo, a generalidade das leis representa muitas vezes um impeditivo para que a justiça seja alcançada. O breve passeio feito pela história, tentando compreender a justiça como convenção social e os avanços no reconhecimento de novos direitos será útil para compreender o posicionamento adotado pela doutrina acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas e da flexibilização desta norma. Da mesma forma, será útil para compreender como se dá nos Tribunais Pátrios a admissibilidade das provas ilícitas em certos casos, notadamente, em favor do acusado no processo penal.

Assim, ressalta-se o papel da hermenêutica, consolidada como ciência da interpretação, que encontra crescente justificativa com a nova Constituição e seus paradigmas,

onde o subjetivismo puro, assim como o objetivismo puro, não cumpre mais o papel de solucionar os conflitos (STRECK, 2010). Não somente os novos paradigmas constitucionais interferem neste processo de aplicação das leis, mas também as relações sociais que, cada vez mais complexas, não são mais passíveis de atendimento pela simples aplicação das normas, (BARROSO, 2010)

A simples subsunção é superada então e a interpretação da constituição se liberta do formalismo (BARROSO, 2010). Não fosse a superação deste modelo, as provas ilícitas seriam simples e puramente rechaçadas do processo, independente de qualquer peculiaridade incidente sobre o caso concreto. Não se entende que desta forma se alcançaria a justiça. Ao contrário, o entendimento adotado nesta pesquisa é de que, eventualmente, a regra deve ceder lugar ao princípio, para que a justiça aconteça de forma plena.

Para ratificar este entendimento, a pesquisa apóia-se na abordagem de Lênio Streck em aula magna exibida em TV do Supremo Tribunal Federal, onde o autor cita seis possibilidades onde a lei pode deixar de ser aplicada, dentre as quais interessa destacar duas: a uma, os casos de antinomias jurídicas, onde incidirá o já analisado princípio da proporcionalidade e a duas, o caso em que a regra cede ao princípio (STRECK, 2010), tomando regra e princípio na acepção de Dworkin¹². A fim de categorizar regra e princípio, recorre-se ainda o sentido adotado por Alexy, onde o princípio é espécie do gênero norma. A regra é comando que deve ser cumprido ou não, na exata medida em que expressa. Já os princípios, devem ser cumpridos da forma que possibilite o maior alcance (CADEMARTORI, 2001, p. 97-98).

Isto posto, passar-se-á à análise e arrolamento de alguns posicionamentos doutrinários. Tome-se estas considerações preliminares como base para a compreensão destes posicionamentos, bem como articulação de normas (no sentido amplo que abrange tanto regras, quanto princípios e diretrizes).

¹¹ Em suma, esta escolha é feita para adotar a terminologia constitucional.

¹² Dworkin critica o positivismo jurídico, diferenciando norma (regra), diretriz e princípio. As diretrizes seriam os objetivos sociais, os princípios a justiça ou equidade e as regras (ou normas) aquelas que se aplicam totalmente ao caso, ou não se aplicam totalmente ao caso, estas significam o horizonte único considerado pelo positivista (Dworkin apud CADEMARTORI, 2001, p.101)

2.1 A DOUTRINA BRASILEIRA E SEU POSICIONAMENTO ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Os problemas levantados a partir da disposição constitucional vedando as prova ilícitas, bem como a solução hermenêutica que vem se expondo ao longo do texto, são objeto de estudo da doutrina pátria, dentre as quais algumas são ressaltadas para reforçar os fundamentos de validade deste estudo.

Para Capez, a norma constitucional encontra horizontes bem mais flexíveis que os propostos por este estudo. O autor entende que as provas ilícitas no processo penal podem se prestar a tutelar bens mais relevantes que aqueles protegidos por sua vedação (intimidade, privacidade). Nas palavras do autor:

Entendemos não ser razoável a postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante que a intimidade que se deseja preservar. Assim, surgindo conflito entre princípios fundamentais da Constituição, torna-se necessária a comparação entre eles para verificar qual deva prevalecer. Dependendo da razoabilidade do caso concreto, ditada pelo senso comum, o juiz poderá admitir uma prova ilícita ou sua derivação, para evitar um mal maior, como, por exemplo, a condenação injusta de um inocente ou a impunidade de perigosos marginais. (CAPEZ, 2009, p. 304)

Note-se que dentre estes valores mais relevantes, Capez indica tanto a prova da inocência de um acusado, quando a importância de condenação de um perigoso marginal. Desta forma, não seria razoável desprezar de maneira categórica qualquer prova ilícita. O magistrado deve escolher, diante do caso específico que estiver sob sua análise, qual valor deverá ser sacrificado em virtude de um interesse maior.

Para clarear suas lições, o autor articula este entendimento ao princípio da proporcionalidade, elucidando que a teoria da proporcionalidade foi desenvolvida na Alemanha pós-guerra e diante desta teoria, sempre em caráter excepcional e extremamente grave, pode-se quebrar um princípio geral para uma finalidade excepcional justificável. (CAPEZ, 2009. p. 304-305)

Para Canotilho, apud Capez, não existe colisão entre direitos fundamentais. Capez coaduna com este entendimento, pois este conflito não existe, uma vez que os direitos

fundamentais devem harmonizar-se para, no aparente contraste, o mais relevante prevalecer. (CAPEZ, 2009. p. 304-305)

Assim, “no dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição” (CAPEZ, 2009. p. 305). A doutrina é praticamente unânime ao admitir as provas ilícitas em favor do réu, pois o direito de defesa, constitucional e prioritário no processo penal assim a faz posicionar-se. (CAPEZ, 2009. p. 306).

Acerca destas lições, assinala-se:

A aceitação do princípio da proporcionalidade pro reo não apresenta maiores dificuldades, pois o princípio que veda as provas obtidas por meios ilícitos não pode ser usado como escudo destinado a perpetuar condenações injustas. Entre aceitar uma prova vedada, apresentada como único modo de provar a inocência de um acusado, e permitir que alguém, sem nenhuma responsabilidade pelo ato imputado, seja privado injustamente de sua liberdade, a primeira opção é, sem dúvida, a mais consentânea com o Estado Democrático de Direito e a proteção da dignidade humana (CAPEZ, 2009. p. 306)

Assim, entende-se que neste processo hermenêutico, não há que se falar em enfraquecimento da garantia constitucional. Na verdade, a aplicação do art. 5º, LVI indiscriminadamente, geraria tantas e tamanhas injustiças, que o dispositivo acabaria por ser excluído do ordenamento jurídico. Ou seja: a aplicação indiscriminada banalizaria e desvirtuaria o instituto, de modo a torná-lo completamente incompatível ao Estado Democrático de Direito.

Como já foi pontuado, o autor entende que cabe a flexibilização da norma em outros casos, que não apenas, onde o réu utiliza-se deste meio para provar sua inocência:

Ressalve-se, no entanto, que esta vedação legal não será apta a afastar a incidência do princípio constitucional da proporcionalidade, admitindo-se a prova ilícita sempre que estiverem em jogo interesse de extrema magnitude para o cidadão, como a vida, a liberdade ou a segurança (CAPEZ, 2009, p.308)

Semelhante é o entendimento de Bonfim, para o qual o princípio da proporcionalidade é o meio adequado para dirimir conflitos de antinomias entre os

dispositivos constitucionais, sendo que a hermenêutica assume papel importante neste processo de aplicação da norma.

Na verdade, em alguns aspectos o autor vai além do entendimento de Capez, apontando inclusive para a relevância da busca pela verdade real¹³. Segundo Bonfim, “a busca pela verdade real ganha amplitude no moderno processo penal, uma vez que a inadmissibilidade absoluta de provas obtidas por meios ilícitos [...] obriga o magistrado a desconsiderar a realidade” (BONFIM, 2007. p. 301.)

O autor sustenta ainda que em certos casos, a prova ilícita é obtida amparada na legítima defesa, o que exclui sua ilicitude, nos termos do Código Penal, art. 23, II. Em suas palavras:

Como, porém, a proibição da prova ilícita é uma garantia individual contra o Estado, predomina o entendimento na doutrina de que seja possível a utilização de prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros, e, quando produzida pelo próprio interessado (como a gravação de conversação telefônica em caso de extorsão, por exemplo), traduz a hipótese de legítima defesa, que exclui a ilicitude (BONFIM, 2007. p. 299)

Se por um lado há autores indicando um rol maior de possibilidades onde as provas ilícitas devem ser tidas como válidas no processo, Nucci por outro lado, tem perspectiva mais moderada acerca das exceções aplicáveis ao caso. A exemplo, o autor cita e reprova posicionamento de doutrinadores que admitem a prova ilícita em casos como seqüestro, onde a prova deveria ser admitida tanto para libertar a vítima quanto para prender os seqüestradores. O posicionamento de Nucci acerca da proporcionalidade se dá nos seguintes termos:

¹³ Acerca disto, cabe um parênteses remetendo ao entendimento de Lênio Streck, para o qual a verdade real é um tema que “não resiste a cinco minutos de conversa séria” (STRECK, 2010). Indica-se esta observação apenas para demonstrar a crítica da hermenêutica filosófica de Streck, visto que exaurir esta discussão é tema por demais árduo, se é que possível. O sentido da verdade é campo delicado mesmo para as investigações filosóficas e o sentido da verdade real, ainda mais delicado deve ser. Para conceituação, em termos de processo, a verdade real (e aqui o termo vem permeado pelo pragmatismo da ciência jurídica) significa que os fatos serão demonstrados colhendo provas com respeito ao contraditório e ampla defesa (SILVA JÚNIOR, 2007). Se para a ciência jurídica o termo verdade pode ser conceituado e delimitado, para a filosofia, não é tema tido como simples. A exemplo, o clássico dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano, dedica inúmeras laudas à conceituação do termo, citando complexas imbricações teóricas e matizes ideológicas acerca do tema durante diversos períodos da história.

Sob nosso ponto de vista, não seria o momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Precisamos manter o critério da proibição plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância [...] razão pela qual se o texto constitucional rejeita o erro judiciário, é natural que não seja possível sustentar a proibição da prova ilícita quando essa vedação for contra os interesses do réu inocente.

Dessa forma, se uma prova ilícita for obtida por mecanismo ilícito, destinando-se a absolver o acusado, é de ser admitida, conforme preceitua a Constituição Federal (NUCCI, 2010. p. 89-90)

Entende-se, divergindo de Nucci, que ao aplicar a norma em favor do réu, já se está aplicando o princípio da proporcionalidade, pois em aplicação literal, com leitura gramatical da norma, a prova ilícita não seria cabível. O que importa frisar no posicionamento do autor é a admissão do autor de provas que possam provar inocência do acusado em processo penal.

Da mesma forma que Bonfim opina pela excludente da legítima defesa para tornar admissíveis as provas ilícitas, Nucci apóia-se em outros doutrinadores para destacar que quando o réu colhe provas de maneira ilícita, está lutando por sua liberdade, agindo em sua própria defesa. De qualquer forma, não afasta a incidência do princípio da proporcionalidade sobre o caso¹⁴. (NUCCI, 2010. p. 90)

Para tratar mais especificamente da hermenêutica na aplicação das disposições legais incidentes sobre as provas ilícitas a partir da doutrina processual penal recorta-se ainda o seguinte posicionamento:

Na realidade, o tema da inadmissibilidade das provas ilícitas oferece inúmeros desdobramentos, não só no âmbito da prova, como também no campo da própria concepção do direito **que haverá de revelar o interprete, por ocasião da tarefa hermenêutica** (OLIVEIRA, 2009. p. 304. Sem grifo no original.)

¹⁴ Este é um momento em que parece contraditório o posicionamento do autor. Não com relação à admissibilidade das provas ilícitas em favor do réu, mas em relação à aplicação do princípio da proporcionalidade, visto que o autor julga o Estado brasileiro imaturo para aplicar o princípio da proporcionalidade, mas reconhece, coadunando com o entendimento desta pesquisa, que a proporcionalidade está aplicada quando a norma é admitida para benefício do réu.

O autor explica que o princípio da proporcionalidade incide quando direitos entram em conflito. Inclusive, sendo este princípio adotado em diversos países do mundo, apontando que a cultura jurídica de cada um deles prevê condições mais ou menos rigorosas de aplicabilidade e até mesmo sanções aos que obtiverem provas de maneira ilícita (OLIVEIRA, 2009. p. 328-329).

Ao considerar os aspectos hermenêuticos, Oliveira ressalta a grande complexidade que permeia a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas, sendo impossível fixar critérios objetivos para definir quando estas provas serão admissíveis ou não. Segundo o autor, esta impossibilidade de precisar a aplicação da lei vem da própria Constituição, que é a fonte legitimadora desta vedação e de outros direitos. (OLIVEIRA, 2009. p. 329)

Assim, com relação à possibilidade de admissão de uma prova ilícita, o autor posiciona-se:

Em primeiro lugar, esclarecemos que o objeto de nossas preocupações é o aproveitamento da prova ilícita apenas quando favorável à acusação. E por uma razão até muito simples. A prova da inocência do réu deve *sempre ser aproveitada*, em quaisquer circunstâncias (OLIVEIRA, 2009. p. 330. Grifo no original)

Há ainda a interessante questão trazida à baila pelo autor acerca da excludente de ilicitude do Código Penal, art. 23, I. Então, assim como Bonfim e Nucci opinam pela exclusão de ilicitude pautada na legítima defesa, Oliveira converge no entendimento, mas pautando-a no estado de necessidade.

Data vênia o entendimento deste doutrinador, não se pode negar que num Estado Democrático de Direito, a justa defesa da liberdade sempre será um exercício de legítima defesa. Ainda que seja um exercício de dever institucional do Estado a persecução penal, a luta de um inocente para demonstrar a verdade sempre será defesa legítima e uma ação motivada por necessidade, pois a liberdade é um bem tão precioso, que é contra a natureza da vida pedir que o acusado se conforme com o risco de perdê-la. Note-se que mesmo os animais, sem a construção racional da importância da liberdade, não raramente padecem e morrem se privados de sua liberdade.

Prosseguindo na análise do autor, Oliveira frisa que no Estado Democrático de Direito, é inadmissível condenar alguém a quem o próprio Estado julgue inocente. O aproveitamento da prova ilícita em favor do réu constitui um critério objetivo de proporcionalidade, pois violar um direito em busca da prova de sua inocência configuraria o estado de necessidade, o que exclui a ilicitude do ato e, além disto, a vedação da prova ilícita é uma garantia individual do acusado e não pode ser voltada contra o titular do direito (OLIVEIRA, 2009. p. 330).

Tem-se assim, o posicionamento de alguns doutrinadores utilizados especialmente nos meios acadêmicos. Os posicionamentos foram recortados de publicações genéricas do processo penal, onde a matéria toda é discutida e, por ser assim genérica, aborda as questões de maneira sucinta e mais pragmática. Serve, todavia, de fundamento aos argumentos que esta pesquisa quer articular.

Ainda como tarefa deste capítulo, pretende-se analisar o posicionamento de Ávila, em dissertação de mestrado defendida na Universidade de Brasília acerca do tema. Este autor será a fonte pesquisada em publicação específica sobre o tema das provas ilícitas.

2.1.1 As Provas Ilícitas em Ávila¹⁵

Assim como a vedação às provas ilícitas é uma garantia individual (BONFIM, 2007), para Ávila (2006. p. 94) o direito à prova também se coloca no ordenamento como direito fundamental. Este direito seria estendido não somente à defesa, mas também à acusação, tendo para esta especial relevância, pois na ausência de provas sobre o que for alegado no processo, é beneficiado o réu, que goza da presunção da não culpabilidade. Na verdade, o direito à prova, para a acusação é tanto direito, quanto dever. (ÁVILA, 2006. p. 96).

¹⁵ Em sua dissertação de mestrado intitulada “Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos”, Ávila situa o tema sob o princípio da proporcionalidade, ressaltando o caráter garantista do processo penal brasileiro e conclui, dentre seu amplo campo de análise, por uma das premissas que se busca evidenciar neste trabalho: a aplicação incondicional da vedação constitucional das provas ilícitas, ao contrário de realizar o fim a que o instituto se propõe, pode impedir, à luz do caso concreto, a sua concretização. Isto posto, é o posicionamento defendido na

Tendo o direito à prova como direito fundamental, o método de interpretação para admissão (ou não) das provas ilícitas assim se define:

no silêncio da lei, não de ser admitidos os meios de prova aptos ao esclarecimento dos fatos; na hipótese de determinação legal de um procedimento para a produção da prova, sua inobservância acarretará nulidade, que estará sujeita ao exame do prejuízo para a declaração de sua invalidade. As limitações à produção da prova são, portanto, negativas, de sorte que a regra é a admissibilidade, e exceção será a sua restrição (ÁVILA, 2006. p. 97)

Não se deve perder de vista, entretanto, que a verdade processual é alcançada quando as provas são produzidas de acordo com os padrões do processo, inclusive o contraditório (ÁVILA, 2006. p. 97).

Como a verdade no processo não é perseguida a qualquer custo (ÁVILA, 2006. p. 98) cumpre destacar, pois “não se deseja que os agentes estatais encarregados da persecução penal, em nome da finalidade de esclarecer ilícitos, eles mesmos violem a lei e cometam ilícitos, substituindo a criminalidade privada pelo que Gössel denomina de ‘criminalidade de Estado’” (ÁVILA, 2006. p. 99).

Acerca da inadmissibilidade, o primeiro dilema que Ávila (2006. p. 108) propõe diz respeito à compreensão do art. 5º, LVI da Constituição como regra ou como princípio constitucional. Se é instituto a ser incondicionalmente aplicado ou se pode ser flexibilizado no confronto com outros dispositivos igualmente relevantes, mediante ponderação entre estes valores.

Segundo o autor,

Em ao menos uma situação não pairam dúvidas quanto à possibilidade de aplicação da utilização de uma prova ilícita em juízo: a sua utilização para comprovar a inocência de um acusado. Sendo a ampla defesa também um princípio constitucional, no embate entre eficiência do processo para descobrir a verdade e inocentar um réu injustamente acusado e a garantia constitucional de inadmissibilidade, a absolvição do inocente tem um peso muito maior. (ÁVILA, 2006. p. 109).

Prosseguindo, o autor aponta a mesma posição defendida nessa pesquisa: admitir o contrário do supra citado, ou seja: que as provas ilícitas têm acesso vedado no processo em qualquer circunstância, que não há exceção que comporte sua admissão, iria contra a política criminal do Estado Democrático de Direito.

Apontando para esta exceção e a exceção do sigilo de correspondências que já foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, onde este concluiu ser possível a quebra deste sigilo em nome dos interesses da sociedade, pois a garantia constitucional não pode se vir a ser um meio de praticar ilícitos, o art. 5º, LVI da Constituição configura-se como princípio. A redação dá a aparência de regra, mas na verdade, a disposição constitui princípio (ÁVILA, 2006. p. 109).

É que uma regra, quando preterida, quando impassível de aplicação, é rechaçada, expurgada do ordenamento jurídico. Como já visto na lição de Ronald Dworkin, a regra é aplicada à maneira do tudo ou nada. Ou serve ou não serve. Já o princípio, funciona na medida da ponderação e pode ceder em certos casos, sem que isto lhe afete a eficácia. Então, se por um lado a inflexibilidade da vedação da prova ilícita é um problema para a justiça penal, por outro, não pode ser simplesmente eliminada do ordenamento, visto que sua previsão impede desmandos como os já citados no primeiro capítulo, como por exemplo, a obtenção de confissões por meio de tortura. Tomar, então, a previsão constitucional como princípio permite flexibilizar o dispositivo sem tirar-lhe a eficácia.

Assim, a ponderação, ou incidência da proporcionalidade, é perfeitamente cabível, e para Ávila, cabe também ponderação entre esta vedação e o direito de prova da acusação (ÁVILA, 2006. p. 110).

Para solucionar o problema dos conflitos entre bens tutelados pelo direito e a inadmissão da prova ilícita no processo, é proposto um método bifásico, onde, inicialmente, seria delimitado o âmbito das proteções oferecidas aos direitos em litígio e a seguir, aplicados os três subprincípios da proporcionalidade, quais sejam,

a verificação da adequação da restrição ao direito à prova, a necessidade (existência de outro meio menos gravoso para proteger o direito violado) e a ponderação de interesses com os demais princípios em colisão para determinar o vetor preponderante segundo considerações de precedência condicionada às peculiaridades do caso concreto (ÁVILA, 2006. p. 115)

Resta claro, pela análise apresentada, que eventuais exceções à inadmissibilidade das provas ilícitas, não nega a natureza da garantia processual-constitucional. Apenas o excesso de algumas garantias, pode deixar outros direitos desprotegidos (ÁVILA, 2006. p. 117) ou mesmo sonogados.

A discussão se desenvolve ainda sob três linhas distintas: a primeira: a proteção dos direitos fundamentais, a segunda: a dimensão equitativa do processo e a terceira: a eticidade¹⁶ do processo, que seria a integridade judicial em sentido estrito. (ÁVILA, 2006. p.117).

No momento, interessa a segunda abordagem (sobre a equidade do processo), que foi tema abordado sob as matizes filosóficas no primeiro capítulo deste trabalho.

As duas últimas linhas apontadas por Ávila (2006. p. 121) estão ligadas. Ou seja: a equidade do processo está relacionada à integridade judicial. É desta equidade que decorre o imperativo que sempre que um acusado for posto em desvantagem excessiva (situação clara nas provas ilícitas), esta prova deve ser excluída. Esta flagrante violação só ocorre em situações mais extremas, como confissão obtida sob tortura, interrogatórios extensos ou coativos, ou atividades que de gravidade equiparável. Tais provas jamais poderiam ser produzidas seguindo o procedimento prescrito em lei.

A outra perspectiva da questão alerta para o risco de que o julgador, ao admitir tal prova, tome parte no ilícito e torne-se cúmplice, o que sacrificaria sua integridade. Analisando o papel do julgador e o papel do processo nesta conjuntura

a ética do processo não pode se afastar da proporcionalidade como critério de ética pública, do necessário equilíbrio entre as garantias individuais e a funcionalidade do processo, especialmente nas situações extremas em que a aplicação cega de um postulado abstrato pode conduzir a resultados concretos distorcidos (ÁVILA, 2006. p. 123)

¹⁶ Para Hegel a eticidade é “a realização do bem em realidades históricas ou institucionais” (ABBAGNANO, 2007. p.451). Distingue assim a moralidade da eticidade. A distinção também é admitida ante as categorizações: moralidade subjetiva e moralidade objetiva, onde a eticidade seria a segunda.

A lesão à eticidade do processo, a do julgador, está então relacionada ao caso concreto e à proporcionalidade de valores incidente sobre ele (ÁVILA, 2006, 123).

Verifique-se isto então, levando em conta as considerações apresentadas acerca das provas ilícitas que beneficiam acusados no processo penal. O primeiro apontamento, ressalta que, via de regra, estas provas são obtidas por um particular e não por um agente do Estado. A obtenção da prova, por um particular que age em defesa própria, exclui a ilicitude, pois configura ato em estado de necessidade (ÁVILA, 2006. p. 202-203).

Inclusive, neste sentido, o autor diverge de Bonfim, pois não entende ser ato de legítima defesa, visto que a persecução penal não é faculdade, mas dever do Estado. Não configura arbitrariedade, portanto, não enseja legítima defesa. O que ocorre, é que, na ânsia e no direito de defender sua liberdade, o acusado pode obter ilicitamente provas e neste caso, agiria sim em estado de necessidade. Ávila concorda assim, com a avaliação de Oliveira, já analisada.

Ávila (2006. p. 202-206) também diverge de autores que avaliam não ser caso de aplicação do princípio da proporcionalidade a admissão de provas em benefício do réu. Segundo aponta o autor, os doutrinadores que assim se posicionam, fundam sua opinião nas excludentes de ilicitude, seja estado de necessidade, seja legítima defesa. Para Ávila, as excludentes de ilicitude são em si mesmas a própria incidência da proporcionalidade.

Sendo a proporcionalidade uma ponderação entre valores jurídicos, e, como já visto, a ponderação é um caráter comportado somente nos princípios, mais que isto: inerente aos princípios, parece razoável o entendimento deste autor: sim, a admissão de prova ilícita em favor do réu é aplicação de um princípio e sob qualquer justificativa, é um exercício hermenêutico de proporcionalidade.

Outras conclusões apresentadas pelo autor se dão no sentido de validar a prova ilícita admitida em um processo onde beneficia o acusado, em qualquer outro processo, mesmo que possa, em outra ação, servir de prova para condenação de um terceiro. Isto porque, ao validar a prova, a ilicitude desaparece (em face do estado de necessidade) e aprova torna-se válida (ÁVILA, 2006. p. 205-206).

Há também a ressalva de que a prova ilícita destinada à defesa do acusado deve obrigatoriamente ser submetida à análise da proporcionalidade, pois, pode ser obtida através de ofensa à bem tão caro, ou mais, que o da liberdade, defendido pelo acusado. Seria o caso de prova obtida mediante tortura. Neste caso, não deveria ser aceita no processo. (ÁVILA, 2006. p. 205)

Com isto, verifica-se que há certo ajuste entre a doutrina sobre a questão da prova ilícita em favor do réu.

CONCLUSÃO

A primeira questão que se evidenciou durante o desenvolvimento desta pesquisa, foi a importância, tantas vezes relegada, da filosofia e da hermenêutica na construção dos conceitos jurídicos e do próprio pensamento jurídico. A tentação em seguir pelo caminho mais fácil, ou seja, da aplicação mecanicista dos conceitos, que ignora as peculiaridades do caso concreto, muitas vezes é forte e os novos juristas parecem cada vez mais seguir este caminho, daí porque, talvez, seja tão difícil conceituar as coisas no direito. Entretanto, a dificuldade em aplicar a filosofia e a hermenêutica nos estudos jurídicos se justifica e recompensa com a convicção e a segurança dada por estes instrumentos na reflexão jurídica.

Com isto, as considerações finais desta pesquisa revestem-se de diversos elementos de convicção e reconhece que as dúvidas que podem vir a permear a compreensão de alguns elementos acerca das provas ilícitas são as dúvidas que nascem justamente do caso concreto e suas singularidades. O direito não pode se revestir de segurança absoluta e negar a possibilidade de que alguns casos gerem mais dúvidas e problemas que as soluções inicialmente postas, ou não haveria justiça. Esta foi uma das idéias mais importantes que se pretendeu demonstrar como “pano de fundo” da pesquisa.

Neste sentido, as provas ilícitas são contextualizadas como um instrumento de extrema importância para o Estado Democrático de Direito, um instrumento que tem seu lugar seguro no ordenamento e não pode ser ignorado, nem suprimido, mas que, para ser eficaz precisa às vezes ceder, pois o bem maior em conflito, nem sempre estará sob a proteção desta previsão constitucional.

Foi visto que a Constituição de 1988 surgiu como uma resposta e como um meio de defesa do Estado de bem-estar social, pois significou o encerramento de um ciclo da história que marcou profundamente o país: o fim da ditadura militar. Esta Constituição é uma carta de direitos que, não somente abriga em si os direitos humanos, universalmente reconhecidos, como também, em virtude do que aprendeu com suas experiências anteriores,

prevê os meios de proteção destes direitos e os meios de efetivação dos mesmos. A Constituição de 88 é composta por direitos e garantias diversos.

A vedação das provas ilícitas é então, um direito, mas não somente isto uma garantia. E não é à toa que se localiza no rol dos direitos individuais e coletivos. É que é um direito do ser humano, seja ele compreendido individualmente ou coletivamente. A vedação das provas ilícitas não é um direito do Estado. Nem mesmo do Estado agindo na atribuição persecutória do crime. No passado, o privilégio do Estado no exercício desta atribuição lhe permitia cometer uma série injustiças, as quais a previsão constitucional do art. 5º, LVI, visa coibir.

Considerando então a vontade do legislador, o fator motivador da norma, mapeado pela interpretação histórica da Constituição, pode-se perceber que há riscos em flexibilizar as garantias constitucionais em sentidos contrários aos idealizados pela norma: as provas ilícitas são proibidas exclusivamente para proteger os direitos dos indivíduos, dos seres humanos. Esta norma constitucional deve então ser flexibilizada para privilegiar o cidadão acusado, pois se imposta como um óbice à prova de inocência obtida ilicitamente, a norma é aplicada com resultado contrário ao pretendido. Ao invés de proteger, vai castigar o cidadão.

No caso contrário, ou seja, admitir a prova ilícita, ainda que sirva de meio probatório para condenação de um criminoso perigoso, constitui um posicionamento que, além de abrir precedente perigoso, não vai ao encontro o objetivo da norma (interpretação teleológica). Poder-se-ia chegar ao absurdo de uma confissão ser obtida por tortura, física ou psicológica, e o fim social, a proteção do grupo social, justificaria isto.

Infelizmente, no caso de interesse da acusação, nem mesmo o interesse coletivo justificaria a admissão das provas ilícitas para condenar um criminoso. Se este raciocínio fosse proveitoso, ou seja: se o sacrifício de um devesse ser admitido em favor de cem, por exemplo, então, o sacrifício de noventa e nove também deveria ser admitido em favor de cem.

Assim, as conquistas sociais do Estado Democrático de Direito seriam celebradas não sobre vitórias, mas sobre tristezas, sobre abusos, sobre desmandos.

Com isto, conclui-se o primeiro ponto relevante despontado nesta pesquisa: as provas ilícitas devem ser admitidas sempre que puderem beneficiar um inocente acusado de

crime, independente de quem tenha praticado o ilícito para obtê-la, ainda que tenha sido o próprio acusado. O mesmo não se diz da acusação: uma prova ilícita não deve ser admitida para benefício da acusação. Com uma ressalva: imagine-se a situação bastante peculiar de um acusado que, de modo ilícito tenha produzido uma prova que, no processo lhe prejudique ou comprove sua culpa. Este acusado, por ter dado causa a esta prova, não poderia, em nome dos bons princípios de direito, alegar a ilicitude da mesma para expulsá-la do processo, pois aquele que deu causa à nulidade ou silenciou-se ante ela para depois argüir e beneficiar-se deste ardil, não tem o direito de ser beneficiado pelo seu próprio ato inescrupuloso.

A previsão constitucional da vedação das provas ilícitas tem então o condão de proteger o indivíduo e a admissão ou não destas provas, no entendimento construído a partir desta pesquisa, é uma questão de justiça equitativa: aquela que se faz analisando as questões únicas incidentes sobre o caso que se apresenta e não pela aplicação indiscriminada da prescrição da Carta Magna. Um ordenamento jurídico pode ser feito e aplicado das mais variadas formas, mas um ordenamento jurídico justo só pode ser feito na observância de cada caso, construindo a justiça em cada conflito, considerando cada ser humano envolvido em cada processo.

Diz a boa metodologia que não se deve elogiar autores, mas, com as devidas escusas à boa metodologia, é necessário reconhecer a valorosa contribuição de Aristóteles ao alertar a humanidade da justiça do caso concreto e a sua filosofia apurada há de evitar os ciúmes dos demais doutrinadores.

Bem, as constatações acima remetem então, a outras questões, sucintamente abordada ao longo da pesquisa. A primeira delas seria a construção doutrinária acerca da admissibilidade das provas ilícitas. Foi visto que, para diversos doutrinadores, não são as justificativas filosóficas e hermenêuticas inicialmente apontadas na pesquisa as redentoras da prova ilícita no processo, mas sim, a abordagem técnica das excludentes de ilicitude, previstas no Código Penal, artigos 24 e 25, o estado de necessidade e a legítima defesa, respectivamente. Segundo a doutrina, o acusado inocente que age de maneira ilícita para provas sua condição e livrar-se da pena, deve ser redimido pelas excludentes citadas e sua prova deve ser admitida.

Diverge, entretanto, a doutrina, acerca da aplicabilidade dos comandos penais: a prova ilícita pode ser fruto de uma ação motivada por estado de necessidade, mas e

legítima defesa implica em polêmica, pois, embora admitida por alguns autores, não o é por todos, visto que alguns entendem que o Estado tem o dever de acusar, e, portanto, ainda que o acusado seja inocente, a agressão que ele pretende repelir através da prova ilícita não é injusta (conforme os requisitos do artigo 25 do Código Penal). O que não se pode deixar de pensar é o seguinte: como, acusar um inocente, ainda que o exercício regular das prerrogativas estatais, poderia não ser uma agressão injusta?

As convicções filosóficas e garantistas sobre a importância da vida humana, da vida digna e da liberdade como requisito para a própria dignidade não permitem chegar ao mesmo entendimento. A acusação penal de um inocente, ainda que pautada no devido processo legal, será sempre uma injusta agressão. Então, o perigo que injustamente assombra a liberdade é um fator motivador de estado de necessidade e a persecução penal de um inocente é uma injusta agressão. Assim, as duas excludentes são compatíveis com o bem humano que se visa defender.

Nunca é demais dizer que, a possibilidade de admitir as provas ilícitas em favor de um inocente réu em processo penal, não é motivo apto a expurgar a previsão constitucional do ordenamento jurídico, visto que esta norma tem finalidades muito maiores. Isto remete à última questão de passagem obrigatória, do ponto de vista metodológico¹⁷: a norma contida no art. 5º, LVI, “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*” é regra ou princípio?

Todas as reflexões reunidas até aqui indicam tratar-se de princípio e não se vislumbra motivo, que não a mera aparência do inciso, para classificá-lo como regra. Trata-se de um dispositivo com redação objetiva e clara, que aparentemente, não dá margens para ponderação: ou se aplicaria ou não se aplicaria. Entretanto, não é um caso de simples subsunção, a questão das provas ilícitas. No caso específico onde o problema vai incidir, caberá ao julgador considerar se a prova deve ou não ser admitida e se subsiste alguma responsabilidade para o agente que obtiver ilicitamente a prova. Caberá ao julgador “ponderar” sobre os diversos aspectos presentes no processo.

Há processos penais em que não necessariamente a liberdade está em risco, pois há penas diferenciadas. Há atos puníveis com multas, com restrição de direitos; processos

¹⁷ É que às questões a que a filosofia remete, são sempre infundáveis e convidativas, mas infelizmente não podem ser abordadas aqui, em respeito ao tempo do orientador, examinadores e eventuais leitores.

passíveis de transação ou até mesmo suspensão condicional, como os casos previstos na Lei Nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 e há toda sorte de ilícito que pode ser praticada para obtenção de provas. Todos estes fatores devem ser considerados no exercício da ponderação.

Então, como a vedação das provas ilícitas pode alcançar bens de valor inestimável, de acordo com o conteúdo do processo, constitui um princípio e, como já visto, é a sua condição de princípio que lhe permite ceder ante o bem maior em discussão e retornar intacta ao ordenamento, para continuar produzindo efeitos em favor da defesa da vida digna, da liberdade e da democracia.

Considera-se com isto, cumpridas as tarefas primordiais apresentadas pela evolução desta pesquisa. Mas, resta ainda uma questão, levantada pela doutrina que merece uma breve reflexão, sendo que não haveria momento melhor, que as próprias considerações finais, para apresentar esta reflexão. É a questão da imaturidade do ordenamento jurídico, levantada por Guilherme Nucci e apresentada no item 2.1 da pesquisa. Diz Nucci que o sistema jurídico pátrio é imaturo ainda para aplicar o princípio da proporcionalidade, diante do que, a vedação das provas ilícitas deveria ser plena, exceto ao chocar-se com outro princípio de igual relevância.

Bem, o entendimento firmado por esta pesquisa acerca da proporcionalidade indica em primeiro lugar, que a ponderação no caso de choque entre valores igualmente relevantes, culminando na restrição do mandamento constitucional de vedação das provas ilícitas é, em si só, a incidência da proporcionalidade.

Em segundo lugar, dizer que o ordenamento jurídico pátrio é imaturo, mesmo restringindo a argumentação ao âmbito do processo penal, parece um tanto apressado. O processo penal brasileiro pode sim estar aprendendo a se ajustar nos erros e acertos da experiência prática. Pode contar com diversas contradições internas. Pode conter em si, amplos e inegáveis sinais de inexperiência. Todavia, não será o caso de imaturidade. Chamar de imaturo o sistema processual penal implica em subjugar a capacidade histórica dos juristas, legisladores e do próprio povo em aprender com as experiências do passado.

Uma lógica processual marcada por tantos traumas, com tantas cicatrizes em seu semblante, pode ser chamada de diversas coisas, exceto de imatura. Não é possível que de

tanto sofrimento e de tantas máculas, não resulte um profundo amadurecimento, que consiste justamente em valorizar aquilo que o ser humano tem de mais precioso: a vida digna.

Assim, a aplicação da proporcionalidade, a ponderação sobre os bens jurídicos em conflito no processo, constitui uma prática mais segura que a aplicação inflexível dos preceitos normativos. A ponderação oferece menos riscos ao ordenamento e é mais responsável que a aplicação do tudo ou nada jurídico, que reduz os conflitos e, por vezes, subestima, por objetivar, a singularidade e o valor humano presente no processo.

Então, o cunho garantista da Constituição e do Processo Penal Brasileiro – este tão criticado pelas perspectivas conservadoras por ser muito benevolente com os “criminosos”, numa sociedade que insiste em se dividir em “homens de bem” e “bandidos”, numa postura irresponsável que muitas vezes rotula inadequadamente pessoas inocentes – é ao final desta pesquisa celebrado como o primeiro passo no reconhecimento de que cada vida humana vale muito mais que se pode conjecturar a primeira vista e que cada vida humana merece atenção, responsabilidade e dedicação em toda e qualquer atividade jurídica.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 2. ed. Brasília: EDUNB, 1992. 238p.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos**. Brasília, 2006. 295 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 432 p.

BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação Constitucional**. Aula Magna. Brasília: TV Justiça. 2010. Programa veiculado em televisão. Disponível em < <http://www.youtube.com/watch?v=sFV574ddeA4> > Acesso em: 06 de Nov de 2010.

BONFIM, Edilson Mongenot. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 794 p.

CABBETTE, Eduardo Luiz Santos. **A reforma o código processual penal e a polêmica da inadmissibilidade das provas ilegítimas**. Jus Navigandi, 08. 2008. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11632> >. Acesso em 16.06.2009.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2001. 196 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 819 p.

DONZELE, Patrícia Fortes Lopez. **Prova Ilícita: Análise nos âmbitos constitucional e processual relativos à aceitação da prova ilícita no processo, assunto que não encontra consenso na doutrina**. Direitonet, 03.2004. Disponível em < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1495/Prova-ilicita> >. Acesso em: 10 nov. 2010.

DOTTI, René Ariel. **Da ditadura militar à democracia civil: a liberdade de não ter medo**. Revista de informação legislativa, v.45, nº 179, p. 191-205, jul./set. de 2008 Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/176544> > acesso em 09 nov. 2010.

FAZZALARI, Élio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: bookseller, 2006.

HENRIQUES, Antonio. MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no Curso de Direito: trabalho de conclusão de curso: metodologia e técnicas de pesquisa, da escolha do assunto à apresentação gráfica.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ISKANDAR, Jamil Ibrahim. **Normas da ABNT: comentadas para trabalhos científicos.** 4. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.

JACOBINI, Maria Leticia de Paiva. **Metodologia do Trabalho Acadêmico.** Campinas, SP: Editora Alínea, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Monografia Jurídica.** 7 ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 404p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal.** 11. ed. atual. de acordo com a reforma processual penal de 2008 (Leis 11.689, 11.690 e 11.719) e pela Lei 11.900(novo interrogatório), de 08.01.09. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Tratamento da Prova Ilícita na Reforma Processual Penal.** São Paulo: *Boletim IBCCrim.* n.188, jul., 2008.

SILVA JÚNIOR, Luis Aldair da. **Princípios do Processo Penal:** a busca da verdade real e o direito de não produzir provas contra si mesmo. *Revista Jus Vigilantibus*, agosto de 2007. Disponível em: < <http://jusvi.com/artigos/27364> >. Acesso em: 11 nov. 2010.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. org.; **O Direito Achado na Rua.** Colaboradores: Alayde Sant'anna. 3 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1990. 144 p.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e Decisão Jurídica.** Aula Magna. Brasília: TV Justiça. 2010. Programa veiculado em televisão. Disponível em < <http://www.youtube.com/watch?v=0sdyomqFjf4> > Acesso em: 06 de Nov de 2010.