

## A RELATIVIZAÇÃO DA PROVA ILÍCITA *PRO SOCIETATE* EM CONTRAPOSIÇÃO AO GARANTISMO HIPERBÓLICO MONOCULAR

Kárita Guimarães Silva<sup>1</sup>  
Carla Sousa Barbosa Fernandes<sup>2</sup>  
Marta Eliza Nunes<sup>3</sup>  
Rodrigo de Carvalho Assumpção<sup>4</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar a problemática atinente à relativização da prova ilícita no processo penal brasileiro e a possibilidade de ela ser utilizada em prol da vítima, sob o crivo do princípio da proporcionalidade. Para isso, é abordado, sinteticamente, o perfil da atividade probante e do sistema judiciário estadunidense e brasileiro, estabelecendo um paralelo entre eles, principalmente no que tange à aplicabilidade da teoria dos frutos da árvore envenenada. Por fim, é estabelecida a relação entre o tema e a teoria do garantismo penal integral de Luigi Ferrajoli, abordando o posicionamento jurisprudencial acerca do assunto. Como conclusão, vale ressaltar que a inadmissibilidade da prova ilícita como direito constitucional demonstra a preocupação do constituinte em resguardar o cidadão quando esse se vê perante o desenrolar de uma lide processual, principalmente quando se toma como ponto de partida o panorama histórico da democracia brasileira. Ocorre que a relativização da prova ilícita, quando aceita apenas em favor do acusado, revela que a efetividade das normas constitucionais não alcança a todos de forma equânime.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Provas ilícitas. Garantismo penal integral.

---

<sup>1</sup> Graduanda no curso de Direito da Faculdade do Noroeste de Minas - FINOM.

<sup>2</sup> Graduanda no curso de Direito da Faculdade do Noroeste de Minas - FINOM.

<sup>3</sup> Graduada em Matemática. Pós-Graduada em Docência e Didática do Ensino Superior. Graduanda no curso de Direito da Faculdade do Noroeste de Minas - FINOM.

<sup>4</sup> Juiz de Direito em Minas Gerais. Professor na Faculdade do Noroeste de Minas - FINOM. Especialista em Direito Penal e Criminologia, Política Criminal e Segurança Pública pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Especialista em Gestão Judiciária pela Universidade de Brasília (UnB).

## **ABSTRACT**

*This paper aims to know the issues pertaining to the relativity of illegal evidence in the Brazilian criminal proceedings and the possibility of it being used in favor of the victim, under the scrutiny of the principle of proportionality. Therefore, it is addressed, synthetically, the profile of evidential activity and US and Brazilian legal system, establishing a parallel between them, especially with regard to the applicability of the theory of the fruits of the poisoned tree. Finally, the relationship between the subject and the Luigi Ferrajoli Theory's of full criminal guarantee, how it is established, covering the jurisprudential position on the subject. In conclusion, it is noteworthy that the inadmissibility of illegal evidence as a constitutional right shows the concern of the constituent in protecting the citizen when this is seen before the unfolding of a procedural deal, especially when it takes as its starting point the historical panorama of Brazilian democracy. It happens that the relativization of illegal evidence, when accepted only in favor of the accused shows that the effectiveness of constitutional norms does not reach everyone equitably.*

**Keywords:** *Criminal proceedings. Illicit proofs. Full criminal guarantee.*

## **INTRODUÇÃO**

O exercício monopolizado do poder estatal, advindo da essência do pacto social rousseauiano, atribui ao Estado a responsabilidade de exercer a jurisdição, quando da transgressão de um direito de titularidade do cidadão. No âmbito do Direito Penal, por exemplo, uma vez violado um bem jurídico, seu titular ou quem o represente legalmente, terá a faculdade de buscar perante o Poder Judiciário uma resposta que satisfaça aos anseios de justiça e, quiçá, de restituição material. Essa resposta decorre da denominada persecução criminal, a qual tem como objetivo a apuração de infrações penais para elucidação da autoria e a consequente responsabilização dos agentes. Ela divide-se em duas fases, quais sejam, a investigativa e a processual: na primeira, busca-se instrumentalizar o ato persecutório mediante atividades de caráter diligencial a serem realizadas pelo órgão estatal competente (como por exemplo, a Polícia Judiciária e o Ministério Público); já, na segunda, dá-se início à ação penal perante o Poder Judiciário, com o objetivo de se fazer valer o *jus puniendi* estatal.

Contudo, a instauração da fase processual exige a constituição da justa causa na fase de investigação preliminar, e nada mais é que a prova da materialidade do fato e os indícios de autoria. Sem esse lastro probatório, não se mostra possível o exercício

do direito de demandar por parte do titular da ação, a fim de se evitar que essa se torne um instrumento manejado por irresponsáveis, carentes de racionalidade e movidos por sentimento de vingança. Afinal, o processo penal coloca em questão, na maioria das vezes, um dos bens jurídicos mais caros para um Estado democrático de Direito: a liberdade.

Vale destacar que a justa causa é formada pelos elementos de informação, ou seja, pela documentação colhida em procedimentos pré-processuais. Porém, por não serem submetidos ao contraditório, uma futura e possível condenação penal não poderá se fundamentar, em regra, exclusivamente nesses elementos, exigindo-se do magistrado a concatenação deles com as provas produzidas sob o manto do devido processo legal (contraditório, ampla defesa, legalidade, juiz natural, entre outros), a fim de que o julgador forme seu convencimento de forma livre e motivada, nos moldes do sistema de apreciação da prova adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que é o da persuasão racional ou livre convencimento motivado.

Ocorre que a produção probatória não se dá de forma absoluta, mas sim, mediante observância de limites constitucionais. Nesse viés, cita-se o art. 5º, inciso LVI da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), o qual afirma que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988). O Código de Processo Penal coaduna com a Magna Carta, ao estabelecer, em seu artigo 157, o desentranhamento das provas ilícitas, sendo assim consideradas aquelas que violam as normas constitucionais ou legais. Assim, por mais que se anseie o convencimento do julgador acerca dos fatos alegados, o instituto da prova ilícita se mostra como um filtro a ser aplicado no momento da elaboração do arcabouço probatório e se encontra intrinsecamente ligado à *teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree)*.

Essa teoria tem origem no direito norte-americano e determina, em apertada síntese, que, além de invalidadas as provas ilícitas, deverão receber o mesmo tratamento aquelas que derivaram da prova primária. No entanto, a supracitada teoria apresenta mitigações que dizem respeito às teorias da fonte independente, descoberta inevitável, da contaminação expurgada e da boa-fé, as quais serão objeto de explanação do presente trabalho. Por outro giro, é trazida à luz da presente discussão, a possibilidade de a prova ilícita ser utilizada quando em benefício ao réu (*pro reo*), fazendo-se aplicar o princípio da proporcionalidade, no intuito de se preservar a inocência do acusado, ainda que perante a violação de garantias e direitos fundamentais. Todavia, isso não se aplica quando a intenção é a salvaguarda dos direitos da vítima.

Nesse contexto, a justificativa do trabalho fundamenta-se na importância da produção probatória para a vítima dentro do processo penal em face da não aplicabilidade do princípio da proporcionalidade usufruída somente pelo réu, visto que surgiu a seguinte

problemática: “A produção de prova no processo penal observa os direitos e garantias fundamentais”? Diante de tal problemática, o presente trabalho busca abordar o tema referente à relativização da vedação da prova ilícita quando esta visa beneficiar a vítima (*pro societate*), indo de encontro ao que a atual doutrina denomina de “garantismo hiperbólico monocular”, expressão utilizada pelo Procurador Regional da República da 4ª Região, Douglas Fischer, ao se referir à deturpação sofrida pelo garantismo integral de Luigi Ferrajoli (2009), quando da sua aplicação ao direito penal e processual penal brasileiro.

Para isso, será feita uma revisão bibliográfica das teorias relacionadas ao tema, abordando a inter-relação entre elas e a forma como esse garantismo exagerado ofertado ao réu pode interferir na produção probatória do processo penal e, conseqüentemente, no alcance de uma resposta estatal efetiva àquele que sofreu violação a algum bem jurídico de sua titularidade.

## CONCEITOS INICIAIS

Como já dito, a persecução penal perpassa por uma fase instrutória, na qual os interessados, mediante apresentação de um arcabouço probatório, reconstroem os fatos ocorridos no intuito de convencer o magistrado pelo prisma da verdade alegada. Deve-se ressaltar que, no Direito Penal, em decorrência do princípio da presunção de não culpabilidade, cabe, ao acusador, comprovar a culpa do réu; ou seja, o ônus probatório é da vítima.

Alguns conceitos são de suma importância para que se compreenda o contexto no qual se insere a atividade probante. Não se deve confundir, por exemplo, prova e elementos de informação, os quais se diferem, essencialmente, pelo fato de que esses não se submetem ao contraditório, já que são formados em fase pré-processual (durante o inquérito policial, por exemplo). A prova, por sua vez, para que assim seja considerada, deve ser constituída perante o magistrado, com a participação das partes (TÁVORA E ALENCAR, 2017).

Deve-se, ainda, fazer referência aos conceitos de meios de prova, meios de obtenção de prova (ou meios de investigação de prova), fontes de prova e técnicas especiais de investigação. Os meios de prova apresentam caráter instrumental para a produção da prova mediante o crivo do contraditório, podendo citar como exemplo as provas pericial e testemunhal. Por outro lado, os meios de obtenção de prova são empregados em fases investigativas da persecução criminal, como ocorre com a interceptação telefônica e com a busca e apreensão de documentos.

As fontes de prova configuram a origem da qual a prova deriva, de forma que a testemunha, por exemplo, é a fonte de prova testemunhal e, o cadáver, a fonte da prova pericial. Por fim, as técnicas especiais de investigação configuram estratégias utilizadas para

configuração de provas referentes a crimes mais graves, como a infiltração de agentes nos casos de investigação de crimes que envolvem organizações criminosas.

Os meios de prova são elencados pelo Código de Processo Penal brasileiro (CPP), em seus artigos 158 a 250, em um rol exemplificativo. Nesse contexto, Fernandes et al. (2011) diferenciam o meio de prova típico, sendo assim considerado aquele que tem previsão e regulação de seu procedimento na legislação processual penal, do meio de prova atípico, o qual não possui previsão e regulação legal, mas que poderá ser considerada pelo magistrado, desde que não violem moralmente o ordenamento jurídico.

Destarte, a referida abrangência da atividade probatória encontra limitação no instituto da inadmissibilidade da prova ilícita, estampado no art. 5º, LVI da Magna Carta. Nas palavras de Távora e Alencar (2017, p. 628), “a prova é taxada de proibida ou vedada toda vez que sua produção implique violação da lei ou de princípios de direito material ou processual. Por afrontar a disciplina normativa, não seria admitida no processo”. É importante, ainda, ressaltar a diferença entre prova ilegítima e prova ilícita. De acordo com a doutrina majoritária, ambas são espécies do gênero prova vedada (inadmissível ou proibida); contudo, a primeira se refere à violação de normas processuais e princípios constitucionais processuais; a segunda, normas de direito material ou princípios constitucionais penais (TÁVORA E ALENCAR, 2017 apud GRINOVER, 2001).

Por fim, o tema atinente às provas ilícitas está intimamente ligado a teorias que buscam explicar a sua inadmissibilidade no processo, bem como possíveis mitigações. A principal delas refere-se à teoria dos frutos da árvore envenenada, a qual afirma, resumidamente, que deverão ser desentranhadas do processo, não somente as provas ilícitas, mas, também, as decorrentes destas premissas essas que serão, a seguir, esboçadas.

## **TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA OU TEORIA DA ILICITUDE DERIVADA**

A teoria dos frutos da árvore envenenada, que também é conhecida como a teoria da ilicitude derivada, tem sua origem na Suprema Corte norte-americana e baseia-se na “contaminação” que sofrem as provas que, embora tenham sido adquiridas de forma lícita, derivam de uma ilícita, devendo ser, também, desentranhadas do processo. Conforme explicações de Moro (2012):

[...]as provas advindas da prova ilícita são, assim como estas, imprestáveis ao processo, mesmo que, em suas formalidades, sejam respeitados todos os procedimentos legais. A prova ilícita contamina a prova dela derivada, porque somente foi possível a produção desta em razão da prova primária. Assim, aceitando o Magistrado a validade daquela, estaria compactuando com o ilícito

produzido, pois, de uma forma indireta, estaria legitimando a prova ilícita (MORO, 2012, p. 45).

Ocorre que, a fim de que uma prova seja considerada ilícita por derivação, exige-se que seja comprovado o nexo existente entre esta e a prova ilícita originária, o qual será identificado e aferido pelo juiz perante o caso concreto. O direito penal processual brasileiro admitiu expressamente, a referida teoria, a partir da edição da Lei nº 11.690/2008, que incluiu o §1º ao artigo 157 do Código Processual Penal, estabelecendo que “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas” (BRASIL, 1941, p. 1). Contudo, a teoria dos frutos da árvore envenenada traz importantes mitigações, também de origem norte americana, quais sejam, as teorias da fonte independente, da descoberta inevitável, da contaminação expurgada e da boa-fé.

A teoria da fonte independente defende que a ausência de nexo de causalidade entre a prova ilícita e as demais exclui a contaminação, resultando na permanência da prova derivada nos autos processuais. Há autores que não consideram a fonte independente como uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada, mas sim, uma teoria paralela, “partindo-se de pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivaram da ilícita” (TÁVORA, ALENCAR; 2017; p.633). A descoberta inevitável explica a hipótese em que a prova seria, de qualquer maneira, alcançada por outros meios diferentes daquele que originou a prova ilícita. Assim, apesar do liame existe entre as provas (ilícita e derivada), ele não é decisivo, resultando na validade da prova derivada.

O CPP brasileiro legitima, em seu artigo 157, §1º, tanto a teoria da descoberta inevitável quanto a da fonte independente, ao afirmar que não será necessário o desentranhamento das provas derivadas das ilícitas “quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (BRASIL, 1941, p. 1).

No que diz respeito à contaminação expurgada, essa se dá quando o liame existente entre a prova ilícita e a derivada é essencialmente tênue e irrelevante, seja em virtude do tempo e/ou do espaço de produção existente entre elas ou, ainda, do quanto a prova ilícita, de fato, contribuiu para a produção da derivada. Tal teoria não é abarcada pelo ordenamento jurídico brasileiro e, para Távora e Alencar (2017; p. 634-635), sua aplicabilidade pela jurisprudência estadunidense representa verdadeiro “esmero em excepcionar os rigores dos *fruits of tue poisonous tree*, na visão do aproveitamento máximo da prova derivada”.

Dito isso, é possível mencionar, ainda, acerca da teoria da boa-fé, a qual, assim como a teoria anteriormente citada, não possui aplicação em solo brasileiro, sendo admitida

pela justiça norte-americana nas hipóteses em que autoridades que desenvolvem funções relacionadas à persecução penal produzam provas ilícitas, contudo, sem o dolo de violar a regra legal, configurando, na verdade, erro de fato. A boa-fé é aferida pelo magistrado mediante as circunstâncias do caso a ser julgado.

Percebe-se que a teoria da prova ilícita derivada apresenta relevantes excepcionalidades, as quais são submetidas ao juízo de valor do magistrado à luz do caso concreto e, sobretudo, com a responsável observância e aplicação do princípio da proporcionalidade. Ressalta-se, também, o cuidado com que a justiça estadunidense trata o tema, na medida em que possibilita o emprego de teorias que permitem ao magistrado analisar a produção probatória com o fim de se alcançar a justiça efetiva. Afinal, se mostra caro o direito pela busca da verdade perante a violação de um direito, a qual não pode ficar à mercê, muitas vezes, de formalidades da letra fria da lei.

Dessa forma, depreende-se que a aplicabilidade da teoria da prova ilícita por derivação denota importante reflexo sobre o tema da produção probatória, já que implica naturalmente um “efeito dominó” dentro do processo (penal, especificamente). Isso porque, o reconhecimento da ilicitude de uma prova e seu liame com as demais podem desembocar em uma nulidade processual significativa, exigindo, portanto, do magistrado uma análise acurada, no intuito de impedi-la ou garantir que se dê da forma mais justa possível.

## **A PRODUÇÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL ESTADUNIDENSE E A ANÁLISE DA PROVA ILÍCITA**

Inicialmente, é importante salientar que, nos Estados Unidos, a escolha do federalismo dual como forma de Estado faz com que o poder estatal seja regido por uma legislação federal e, também, por legislações estaduais, cuja coexistência desemboca, muitas vezes, em normas diferentes e, até mesmo, conflitantes. Nesse sentido, o presente trabalho terá, como parâmetro, as atividades judiciárias em nível federal, para fins de padronização do estudo comparado.

O instituto da inadmissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico estadunidense fundamenta-se na Quarta Emenda à Constituição do país, a qual faz menção às buscas e apreensões arbitrárias realizadas por agentes policiais, restando claro que a exclusão da prova não se aplica às condutas de iniciativa de particulares, mas que se volta essencialmente para a tentativa de impedir excessos pelos agentes públicos na atividade investigativa (MOREIRA, 2000).

Contudo, o que se deve ressaltar é que, apesar da origem norte-americana da teoria da inadmissibilidade da prova ilícita, características peculiares do próprio

ordenamento jurídico estadunidense suavizam a incidência da regra, tais como: a adoção do sistema *common law*; a predominância da prova oral em relação à prova escrita; a mitigação do princípio da não autoincriminação; a utilização do *plea bargaining*.

O sistema da *common law* é caracterizado pela utilização do direito costumeiro, das regras não escritas e dos casos concretos como fontes do direito. Significa que sua estrutura é voltada para os precedentes judiciais, apresentando um viés mais pragmático que aquele vislumbrado em países que adotam o sistema *civil law*. Tal fato influi diretamente no direito processualista do Estado e, mais precisamente, na sua atividade probatória, principalmente quando se analisa a tipicidade da prova. Isso porque “é bastante mais precisa a possibilidade de conceituação do que pode ser chamado de prova típica nos sistemas de matriz europeia continental do que naqueles outros estruturados a partir da *common law*” (FERNANDES et al; 2011, s/p).

Pode-se se afirmar, portanto, que o sistema *common law* apresenta, em decorrência de suas próprias características, uma menor probabilidade de violação de regras de instrução probatória, já que a positivação delas, embora exista, é mais rarefeita, tendo como efeito uma menor incidência de nulidade processual e frustração do direito de jurisdição.

No que tange à produção probatória, a prova oral, nos Estados Unidos, apresenta maior domínio quando comparada às demais espécies de prova (documental, por exemplo), o que levou o ordenamento jurídico norte-americano a positivar com maior ênfase as regras atinentes à prova testemunhal e à confissão, sendo possível, então, considerá-la uma espécie de prova típica. Fica fácil visualizar, por exemplo, uma maior chance de ocorrer uma confissão viciada (como aquela submetida à tortura ou à coação moral), já que o seu rito procedimental é definido em lei, do que uma interceptação telefônica que meramente ultrapassou a duração permitida pela autorização judicial, e que poderá ser objeto de aplicação do princípio da proporcionalidade (o qual, como será visto, é amplamente utilizado na atividade jurisdicional do país).

Nesse ponto, contudo, é importante ressaltar que não há de se falar em relativização da prova ilícita e aplicação do princípio da proporcionalidade quando se envolve o direito à vedação à tortura, já que o Artigo 2.2 do Decreto n. 40 de 15 de fevereiro de 1991, que promulgou a Convenção Contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, da qual tanto o Brasil como os Estados Unidos são signatários, estabelece que “em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais tais como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública como justificção para a tortura” (BRASIL, 1991, p. 1).

Há, inclusive, decisões jurisprudenciais nesse sentido, citando-se como exemplo

o Recurso Extraordinário com Agravo 1140186 RS, por meio do qual o STF afirmou que

[...] 5. A vedação a tortura deve ser considerada um direito fundamental absoluto, pois a mínima prática de sevícias já é capaz de atingir frontalmente a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido é o proclamado no art. 2º da declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra a tortura, que dispõe que todo ato de tortura ou outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante constitui uma ofensa à dignidade humana e será condenado como violação dos propósitos da Carta das Nações Unidas e dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais Proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos (BRASIL, 2018, p. 1).

Portanto, não se pode estabelecer ligação entre relativização da prova ilícita e violação do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a ponderação de interesses, à luz do princípio da proporcionalidade, visa, justamente, alcançar esse equilíbrio. Em outras palavras, ao se comparar o perfil predominantemente oral das provas norte-americanas com o documental das brasileiras, aquelas apresentam menor probabilidade de se submeterem ao desentranhamento, já que serão consideradas, sem muita margem de discricionariedade, como lícitas ou ilícitas, não sendo submetidas ao crivo de formalidades inerentes às provas documentais, e que são, muitas vezes, prejudiciais à busca da verdade real.

Por outro lado, quando se fala em prova documental, as mitigações norte-americanas da ilicitude da prova permitem que o magistrado analise o caso concreto e exerça a ponderação entre os direitos reclamados. Nesse sentido, há ainda que ressaltar a aplicação do princípio da não autoincriminação, o qual pode ser visto por dois prismas: (a) nos Estados Unidos, o acusado, embora seja tratado da mesma forma que as testemunhas, podendo, por isso, ser condenado a perjúrio, usufrui o direito ao silêncio, não sendo obrigado a fornecer mediante testemunho, informações que o prejudique; (b) a garantia de não autoincriminação não se estende a fornecimento de materiais como impressões digitais, amostras de sangue, fragmentos de cabelo (MOREIRA, 2000).

Fica evidente, assim, que o perfil da atividade probatória estadunidense não reclama intensa aplicação da teoria da inadmissibilidade da prova ilícita no sentido de o acusado já ser compelido, legalmente, a cooperar com a produção de provas, sob pena de responder por *contempt of court* (espécie de punição por desacato ao tribunal). Por derradeiro, o instituto do *plea bargain* consiste em uma negociação entre o acusado e o órgão de acusação, sem a participação do juiz, na qual aquele se admite culpado ou coopera, prestando informações ao Ministério Público; esse, por sua vez, atenua a gravidade das penas a serem aplicadas. De acordo com Gemaque (2010), 90% (noventa por cento) dos réus norte-americanos optam pelo *plea bargain*, o que, naturalmente, reduz o número de casos que enfrentarão uma fase probatória.

Diante disso, o que se tem é uma fomentação à análise da prova ilícita à luz do

caso concreto, e não uma submissão a parâmetros legais pouco delineados, permitindo, em consequência, que uma aplicação engessada da teoria dê lugar a uma considerável flexibilidade e possibilitando que se alcance com maior fidedignidade sua finalidade (punição dos agentes policiais), não podendo isso ser possível em âmbito brasileiro, uma vez que desemboca, muitas vezes, na nulidade processual. Não significa dizer que a preocupação com a prova ilícita será menosprezada ou até mesmo banalizada, já que, uma vez cometido o ato ilícito pelo agente policial, restará caracterizada a possibilidade de ele ser responsabilizado. Contudo, não se nega à vítima o direito à *persecutio criminis*, permitindo que a prova seja mantida (e considerada) “com base na relação custo/benefício, isto é, por entender-se que o dano causado pela violação era sensivelmente menor que o ganho trazido pela prova” (MOREIRA, 2000, p. 233), sempre com fundamento no princípio da proporcionalidade e no sistema do livre convencimento motivado (ou persuasão racional).

Por assim ser, compreende-se, então, que a “importação” da teoria dos frutos da árvore envenenada não se deu em sua completude, uma vez que sua aplicação no país de origem abarca um maior número de possibilidades de mitigação, as quais não foram contempladas pelo ordenamento jurídico brasileiro. No mais, as peculiaridades do sistema judiciário norte-americano, caracterizado pela margem de liberdade por parte do magistrado, permite, através de uma racional ponderação de direitos, o alcance de uma justiça mais efetiva que aquela vivenciada em âmbito brasileiro.

## **O GARANTISMO INTEGRAL DE LUIGI FERRAJOLI E SUA APLICAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

As críticas sofridas pelo positivismo kantiano não constituem novidade na epistemologia jurídica e, dentre elas, pode ser citado o garantismo de Luigi Ferrajoli. Sua teoria emergiu na década de 1970, momento em que o povo italiano enfrentava a imposição de uma legislação antiterrorista. Em sua obra *Direito e Razão*, o magistrado italiano aborda o dualismo do *ser* e do *dever ser* do Direito, ao trabalhar a incidência do positivismo jurídico na nova ordem jurídica, qual seja o neopositivismo, e a separação entre a moral e o Direito.

O autor italiano, ao voltar sua abordagem para o direito penal e processual penal, reconhece três significados à palavra garantismo. Em um primeiro significado, defende o poder mínimo estatal, o qual deve estar submetido à lei, com o intuito de tutelar as garantias e direitos dos cidadãos, legalmente previstos. O segundo significado, que Ferrajoli atribui a garantismo, diz respeito à efetividade da norma, não bastando um direito positivo vigente, mas também um direito válido (efetivo). Por fim, o terceiro significado ressalta a separação entre Direito e Moral, ao distinguir o que ele chama de “ponto de vista

externo” (ou ético-político) e de “ponto de vista interno” (ou jurídico).

Para Ferrajoli, “o Direito não é regido apenas por princípios jurídicos internos a ele (*principia iuris et in iuri*), mas também por postulados que lhe são externos, mas inerentes a todos os sistemas de lógica deôntica (*principia iuris tantum*)” (ZANON JUNIOR, 2015, p. 22). Significa afirmar que, apesar de Direito e Moral não se confundirem, a nova ordem jurídica, ao positivizar princípios, considerando-os como espécie de normas, positivou, também, valores morais que são compartilhados em sociedade.

O autor Zanon Júnior (2015), ao citar o próprio Ferrajoli (2012), afirma que é o próprio positivismo jurídico que impõe aos juristas e aos juízes, com o reconhecimento dos princípios estipulados nas constituições como normas de direito positivo de grau superior às leis, a formulação de juízos jurídicos relativos à validade substancial das leis (com inevitáveis e sempre subjetivos juízos de valor àqueles conexos) e, dessa maneira, a crítica do direito tido como inválido porque em contrastes com as normas constitucionais (ZANON JUNIOR, 2015, p.21 *apud* FERRAJOLI, 2012, p. 15-16).

Assim, Ferrajoli (2012) sustenta que a estrutura do ordenamento jurídico não é apenas formal, mas, também, substancial, material e, ao conceituar o que ele denomina de “*ponto de vista externo*” ou “*de baixo*”, explica que esse “[...]exprime os valores extra ou meta ou pré-jurídicos “fundadores” ou mesmo os interesses e as necessidades “naturais” - **individuais e coletivas - cuja satisfação representa a justificação ou a razão de ser das coisas “artificiais”, que são as instituições jurídicas e políticas**” (FERRAJOLI, 2002, p. 685) (grifos nossos). Em outras palavras, o neopositivismo, embora tenha como uma de suas premissas a previsão legal, deve também levar em conta a valoração dessa norma positivada, no intuito de se garantir a aplicação dos postulados legais a toda coletividade, e não somente ao indivíduo. É exatamente nesse ponto que Fisher (2014) questiona a aplicação do garantismo penal integral ao ordenamento jurídico brasileiro, introduzindo o termo “garantismo hiperbólico monocular”. Para ele, “evidencia-se, desproporcionalmente e de forma *isolada* (monocular), a necessidade de proteção apenas dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos que se veem investigados, processados ou condenados” (FISCHER; 2017, p.69).

Dessa feita, no momento em que o operador do Direito aplica a teoria, visando a proteção de apenas uma das partes interessadas na lide, com base tão somente na letra da lei e sem se preocupar com a valoração substancial da norma, ele se afasta daquilo que, de fato, o garantismo ferrajoliano propõe, ou seja, a observância das normas constitucionais a todos os cidadãos de forma sistêmica.

É nessa acepção que a relativização da prova ilícita *pro societate* permite tanto o afastamento do garantismo hiperbólico monocular como a aproximação do garantismo

integral em sua verdadeira essência, sempre à luz do princípio da proporcionalidade, o qual, de acordo com Magalhães (2010, p.190) “possui duas interfaces: de um lado, a vedação do excesso; e, de outro, a proibição de proteção deficiente”. Assim, ao se falar em relativizar a prova ilícita somente em favor do réu a fim de se garantir o atendimento ao princípio da presunção de inocência, elencado no artigo 5º, inciso LVII da CRFB/1988, corre-se o risco de infringir o direito de acesso a uma justiça (efetiva) em prol da vítima, o qual também é garantido pela Magna Carta em seu inciso XXXV, também do artigo 5º.

Ao se levar em conta o contexto em que a teoria italiana emergiu, objetivando “frear” os arbítrios estatais, percebe-se que sua aplicação distorcida ao ordenamento jurídico brasileiro revela uma interpretação tendenciosa. O garantismo integral aplica-se, de fato, quando a norma positivada é efetiva perante os reclames visualizados pelo “*ponto de vista externo*”, repise-se, pelo cidadão (e não o réu/acusado). Portanto, embora o garantismo ferrajoliano tenha como uma de suas premissas a previsão legal, deve também ser levado em conta o próprio cidadão e o direito por ele reclamado à luz do caso concreto. Além disso, não se vislumbra o fato de a teoria ter se preocupado tão somente com o réu/acusado, mas sim com o “cidadão”.

Assim, conclui-se que não se pode falar em garantismo integral quando se vislumbra a proteção de somente uma das partes envolvidas no processo, sob o manto da “importação” deturpada de uma teoria, ignorando a essência e a origem da mesma; afinal, somente através de uma interpretação holística e teleológica é que se torna possível a sua genuína aplicabilidade.

## **POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA**

No ano de 2000, o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu importante decisão, por meio do Recurso Extraordinário 251445 GO, na qual considerou ilícitas as provas consubstanciadas em fotos furtadas do cofre do consultório odontológico do réu e entregues à polícia pelo autor do furto. Tais fotos tinham o condão de comprovar o envolvimento do réu em práticas de abuso sexual contra menores, infringindo o artigo 241 da Lei 8069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA).

Em sede recursal, o Ministério Público alegou que a sentença que reformou a decisão condenatória fundamentou-se de forma distorcida nos incisos X e LVI do artigo 5º da Magna Carta. No mais, argumentou que o possível arrombamento do cofre não alteraria a prática do crime de fotografar crianças e adolescentes em poses pornográficas, e nem teria a finalidade de impedir a apuração e punição do fato, invocando o princípio da proporcionalidade.

Todavia, a decisão de não provimento do recurso pelo Pretório Excelso teve como fundamento o fato de se ter configurado a violação à garantia constitucional de inviolabilidade domiciliar, estampada no inciso XI, art. 5º da CRFB/88, afirmando que “[...] impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política” (BRASIL, 2000, p. 1).

Depreende-se, com clareza meridiana, que sobressaíram os direitos à intimidade e vida privada do réu, em detrimento ao de segurança, justiça e integridade física das vítimas, o que acaba por exemplificar o que se chama de *garantismo hiperbólico monocular*. É nesse viés que Fischer (2017, p. 71) defende que “o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a *eficiência e segurança*”.

No mais, ao analisar a supracitada decisão jurisprudencial, Araújo (2012 *apud* Pacelli, 2009, p.331), ressalta que a aplicação da teoria da inadmissibilidade da prova ilícita, pelo ponto de vista de sua origem norte-americana, visa inibir e intimidar práticas ilegais cometidas por agentes policiais e órgãos responsáveis pela produção probatória; ou seja, dirige-se ao Estado, e não ao particular - como ocorreu no caso em tela.

Seguindo raciocínio semelhante, o STJ (Superior Tribunal de Justiça), no HC 191378/DF, anulou uma operação investigativa que tinha como objeto crimes de lavagem de dinheiro. Na apuração, foi realizada quebra do sigilo fiscal e bancário baseada em relatório elaborado pelo COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), o qual relatava movimentação financeira atípica.

Ao julgar a ação, o STJ entendeu que apenas o relatório do COAF não configuraria lastro probatório suficiente para instauração do inquérito policial e para autorização da quebra do sigilo bancário e fiscal, o que acabou por anular, também, todas as provas decorrentes dessa, sob os efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada.

E, ao abordar a referida decisão, Silva (2011) afirma que:

se por um lado o direito à intimidade e ao sigilo de dados é garantido constitucionalmente pela *Lex Maxima*, por outro é cediço que não há direito individual absoluto. Ao passo em que o cidadão se utiliza do direito à intimidade outorgado pela Carta da República para cometer atos ilícitos, esse mesmo direito merece ceder ao interesse público representado pela elucidação da prática delitiva (SILVA, 2011, p.1).

Para o referido autor, o Estado-juiz deve sim observar (e evitar) os possíveis excessos nas investigações policiais; todavia, esse mesmo Estado-juiz não pode “superdimensionar direitos individuais em detrimento do interesse de toda sociedade” (SILVA, 2011, p. 1). Ainda em relação a decisões jurisprudenciais, o STJ negou provimento

ao julgar, no ano de 2013, o *habeas corpus* 55.288, por entender como lícita a prova obtida por policial, ao atender o telefone do suspeito que, coincidentemente, estava sendo solicitado a fornecer droga.

Embora a defesa tenha alegado a ilicitude da prova em decorrência de violação à garantia constitucional de privacidade e do sigilo das comunicações telefônicas, bem como a aplicabilidade da teoria dos frutos da árvore envenenada, a ministra relatora entendeu que a atuação policial consubstanciou “procedimento policial escorrido, que não se desenvolveu às escondidas e foi instrumento necessário para salvaguarda do interesse público em detrimento ao direito individual à intimidade do réu” (STJ, 2013).

Porém, a Sexta Turma do STJ decidiu, contraditoriamente, no julgamento do HC 511484, cujo trânsito em julgado se deu em 25/09/2019, que é ilícita a prova obtida, em razão de o policial ter atendido o celular do suspeito da prática de tráfico de drogas e ter por ele se passado, a fim de realizar a negociação dos produtos ilícitos e, posteriormente, realizar o flagrante.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a decisão de primeiro grau que condenou o réu em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, alegando que não configura prova ilícita, o fato de os policiais terem atendido o telefone, já que nesse momento o delito de tráfico de drogas já estava configurado, resultando, portanto, no estado de flagrância.

Todavia, o Tribunal da Cidadania, perante o *habeas corpus* em tela, reformou a decisão, anulando toda a ação penal, por entender que restou ilícita a produção probatória, uma vez que a atuação dos policiais configurou invasão de privacidade e quebra do sigilo das comunicações telefônicas (embora não se tratasse de interceptação telefônica nos moldes da Lei 9296/1996), afastando, ainda, qualquer hipótese de prova produzida por fonte independente ou de descoberta inevitável.

Por fim, importante ainda fazer remissão ao tema da preservação da cadeia de custódia da prova, que, apesar de não ser o objeto central do referido estudo, está sensivelmente ligado ao mesmo. Conceitua-se como o “registro formal (documental) de toda a trajetória da evidência, desde sua coleta no local do delito após atuação dos peritos até sua posterior apreciação por parte do juiz da causa” (DÂMASO, 2018, p. 33).

Em outros termos, representa a conservação da prova, desde a preservação do local em que ela fora encontrada até o momento em que for documentada aos autos, sendo registrado todo o passo a passo empregado em seu manuseio, a fim de atribuir à prova um caráter de autenticidade e garantir às partes o devido processo legal.

O referido tema tem ganhado repercussão, principalmente após a decisão proferida pelo STJ na data de 18/02/2014, em sede do HC 160.662/RJ, decorrente da

investigação que ficou conhecida como *Operação Negócio da China*, e que tinha como o objeto a apuração de delitos como lavagem de dinheiro, sonegação fiscal e de crimes contra a ordem tributária. Nela, o tribunal entendeu como ilícita a prova obtida por meio da interceptação telefônica por não ter sido disponibilizada à defesa todas as ligações interceptadas e por ter sido extraviada parte do conteúdo dos áudios telefônicos, decidindo, assim, pelo desentranhamento integral do material colhido e, também, das provas consideradas ilícitas por derivação - teoria dos frutos da árvore envenenada (STJ, 2014).

O cerne da questão, contudo, gira em torno do fato de que o desentranhamento da prova considerada ilícita em decorrência da quebra da cadeia de custódia da prova se dá de forma cabal, não se permitindo uma análise contextualizada das circunstâncias em que se configurou o vício. Nas palavras de Fernandes (2019),

[...]Não se trata, repita-se, de analisar se houve má-fé ou não de quem gravou, mas sim de **adotar a presunção de que pode ter ocorrido manipulação indevida**[...]. Destarte, em caso de supressão de registros audiovisuais e de descontinuidade da conversa **o elemento de prova deve, de pronto, ser descartado**, não havendo se cogitar em qualquer valoração, pois a valoração da prova é estágio que sucede sua postulação, admissão e produção, e os recortes da gravação impedem sua *admissão*. (grifos nossos) (FERNANDES, 2019, p.1).

Por consequência, vislumbra-se a arriscada possibilidade de ser ver desentranhada do processo uma prova cuja quebra da cadeia de custódia ocorreu de forma meticulosa, com o fim precípua de se macular propositadamente o arcabouço probatório, sem ao menos submeter à apuração a responsabilidade daqueles que contribuíram para configuração do vício.

Dessa forma, o que se constata é um certo endurecimento por parte dos tribunais, no que tange à produção probatória no processo penal, o qual se vê na iminência de se tornar um fim em si mesmo e não um instrumento para se alcançar a justiça, deixando escapar a validade substancial das normas constitucionais positivadas, a qual deve abranger todo cidadão (e não somente o réu/acusado), conforme defende a teoria do garantismo penal integral de Ferrajoli.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inadmissibilidade da prova ilícita como direito constitucional demonstra a preocupação do constituinte em resguardar o cidadão quando esse se vê perante o desenrolar de uma lide processual, principalmente quando se toma como ponto de partida o panorama histórico da democracia brasileira. Ocorre que a relativização da prova ilícita, quando aceita apenas em favor do acusado, revela que a efetividade das normas constitucionais não alcança a todos de forma equânime.

Sob outro prisma, a “importação” da teoria da prova derivada foi, não se pode negar, um avanço para o processo penal brasileiro; todavia, é ignorado, muitas vezes, o fato de que peculiaridades e mecanismos importantes do sistema judiciário norte-americano, os quais não são inerentes ao ordenamento jurídico brasileiro, permitem, em certa medida, a atuação fundamentada do magistrado para se analisar perante o caso concreto a aplicação do direito da forma mais justa possível. Dessa premissa, emerge a conclusão de que a atuação probante no processo penal brasileiro se choca com obstáculos que impedem com que ela se realize de forma justa e igualitária.

O somatório desses dois fatores resulta em um dos exemplos daquilo que se denomina de garantismo hiperbólico monocular, o qual consubstancia a deturpação da teoria ferrajoliana aqui explanada, cuja aplicação em âmbito brasileiro não considera sua original essência e finalidade, qual seja, a observância das normas (regras e princípios) em prol de todos os cidadãos, e não somente do réu.

Além disso, o histórico das decisões jurisprudenciais vem mostrando que a produção probatória tem se tornado mais rígida no que diz respeito ao aproveitamento da prova considerada ilícita em prol da vítima, indo, mais uma vez, de encontro a relevantes premissas originariamente estabelecidas pela teoria da prova derivada, renegando, muitas vezes, a aplicação do princípio da proporcionalidade no intuito de se alcançar a verdade real no processo penal brasileiro.

## REFERÊNCIAS

AMASO, Diego Henrique Silveira. **Das consequências jurídico-processuais da quebra da cadeia de custódia.** Uberlândia. 2018. Disponível em <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/22253/3/>> Acesso em 11 de outubro de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 26 de abril de 2019.

BRASIL. Decreto n. 40 de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm). Acesso em 11 de outubro de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em 11 de setembro de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 160662 RJ.** Relatora Min. ASSUETE MAGALHÃES. Data de Julgamento: 18/02/2014, Data de Publicação: DJe

17/03/2014. Disponível em < <http://arquivocidadao.stj.jus.br/index.php/habeas-corporis-n-160-662-rj>> Acesso em 11 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 1140186 RS – RIO GRANDE DO SUL 0221299-70.20128.21.0001**, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 20/06/2018, Data de Publicação: DJe-128 28/06/2018. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595859388>. Acesso em 11 de outubro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 251445 GO**. Relator Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 21/06/2000. Data de publicação: DJ 03/08/2000 PP-00068. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825705/recurso-extraordinario-re-251445-go-stf>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide. **Provas no processo penal – estudo comparado**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

FERNANDES, Ezequiel. **A gravação ambiental clandestina e a cadeia de custódia**. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/a-gravacao-ambiental-clandestina/>. Acesso em 09 de outubro de 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012, p. 15-16.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: < [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html)> Acesso em: 27 abril de 2019.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In CALABRICH, Bruno; FISHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderada e aplicação do modelo garantista no Brasil**. 4. ed. – Porto Alegre: Verbo Jurídico. 2017.

GEMAQUE, Silvio César Arouck. **Sistema judicial americano foi modelo para o brasileiro**. 2010. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2010-set-15/organizacao-sistema-judicial-americano-serviu-modelo-brasileiro>. Acesso em 05 de setembro de 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. **Revista SJTJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 185-199, dez, 2010. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, nº 12 jul./dez. 2000.

MORO, Marcelo Santos. **Provas ilícitas à luz da teoria da proporcionalidade**. 2012.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. O superdimensionamento de direitos individuais e a anulação de investigações policiais no âmbito dos Tribunais Superiores. **Revista Jus Navigante**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3044, 1 nov. 1. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/20327>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Ed. Juspodvm, 2017.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. Garantismo Jurídico: o esforço de Ferrajoli para o aperfeiçoamento do positivismo jurídico. **Revista da ESMESC**, v. 22, n. 28, p. 13-38, 2015.