

# A INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Luiz Gabriel Batista Neves<sup>1</sup>

1. Introdução. 2. Teoria dos direitos fundamentais. 2.1. Teoria dos Princípios. 2.2. Suporte Fático. 2.3. Restrições a direitos fundamentais. 3. Teses acerca da inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal. 3.1. Admissibilidade das provas ilícitas. 3.2. Admissibilidade em nome da proporcionalidade. 3.3. Proporcionalidade *pro reo*. 4. A inadmissibilidade das provas ilícitas como regra. 5. Conclusão.

## RESUMO

O presente artigo visa confrontar a admissão das provas ilícitas com a teoria dos direitos fundamentais, especialmente com a teoria dos princípios de Alexy. O debate surge, principalmente, por causa do tratamento indistinto que os processualistas penais dão as regras e aos princípios, tratando ambos como se sinônimos fossem. Por causa desta ausência de distinção entre os princípios e as regras, quatro são os posicionamentos da doutrina e jurisprudência acerca da admissão das provas ilícitas, que vão desde a inadmissibilidade absoluta até sua admissão plena. Ciente de que o processo penal vem sendo utilizado pela política criminal para recrudescer o sistema punitivo estatal, sem que haja uma decisão transitada em julgado, será defendido neste trabalho que o art. 5º, LVI, da Constituição Federal, que regula a admissão das provas ilícitas no processo, tem estrutura de regra e deve ser aplicada pelo método da subsunção, sem olvidar que há uma coalisão do mencionado diploma legal com a liberdade, quando a prova ilícita é utilizada para absolvição do réu, a qual, segundo a própria teoria dos princípios de Alexy, deve ser resolvido pelo sopesamento do princípio colidente com o princípio no qual a regra se baseia (nesse caso, a legalidade), concluindo, pois, pela criação de uma nova regra de que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitas, exceto se for utilizado para absolvição do réu.

Palavras Chaves: teoria dos direitos fundamentais; teoria dos princípios; provas ilícitas; processo penal.

## 1. INTRODUÇÃO.

A (in) admissibilidade das provas ilícitas no processo penal é consagrada pela Constituição Federal, no art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Da leitura da norma aludida, infere-se que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

---

<sup>1</sup> Advogado Criminalista. Mestrando em Direito Público na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Graduando em Ciências Criminais no Juspodivm. Professor de Processo Penal da Escola Superior da Advocacia da Bahia (ESA). Graduado em Direito pela Universidade Salvador. Presidente do Conselho Consultivo dos Jovens Advogados da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado da Bahia. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Associado ao Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP).

Em que pese à ausência aparente de complexidade na interpretação dessa norma constitucional, doutrina e jurisprudência possuem entendimentos diametralmente opostos quanto ao assunto da admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal.

Podem-se destacar, pelo menos, quatro posicionamentos relevantes em relação ao tema. Para uma determinada doutrina, é completamente inadmissível a utilização das provas obtidas pelos meios ilícitos, também chamada de inadmissibilidade absoluta; Outra parcela da doutrina defende ser possível a utilização plena das provas ilícitas; há quem compreenda necessário o exame da proporcionalidade no manejo das provas ilícitas (admissibilidade relativa) e há quem pense que a proporcionalidade só pode ser aproveitada se obedecer o princípio *pro reo* (admissibilidade *pro reo*).

Um estudo acerca da teoria dos direitos fundamentais se faz necessário na compreensão da matéria, pois a norma constitucional que a rege deve seguir, fielmente, a teoria dos princípios – necessário ponto de partida da teoria dos direitos fundamentais - vale dizer, o primeiro pressuposto teórico. Sem dúvida alguma, estudar a distinção entre regras e princípios é fundamental para identificar a natureza da norma jurídica que regula a admissibilidade das provas ilícitas no processo penal.

O método de estudo dos direitos fundamentais de Robert Alexy, e difundido no Brasil por Virgílio Afonso da Silva, é o analítico, compreendido como algo pertencente à dogmática jurídica. Inclusive, o doutrinador alemão, juntamente com Ralf Dreier, preceitua a divisão da dogmática jurídica em três esferas: a analítica, a empírica e a normativa. Essa estrutura é o eixo de ligação, do início ao fim, com o marco teórico definido no presente trabalho.

No Brasil, apesar do avanço, poucos doutrinadores dão a devida importância para a teoria dos direitos fundamentais, seu conteúdo essencial, suporte fático, restrições, eficácia e a distinção das regras e princípios como seu primeiro pressuposto teórico. Ainda assim, àqueles que se dedicam a estudar o tema o faz como algo pertencente, tão somente, a disciplina do direito constitucional, imaginando que Constituição e processo penal não possuem qualquer tipo de relação.

Justamente por isso, na seara processualista penal, o abismo é ainda maior. Pouco se estuda sobre processo penal no país, sendo visto quase sempre como um ramo acessório do processo civil, por ser processo, ao invés de se fomentar uma relação de complementariedade com o direito penal, que é penal. Em outro giro verbal, o processo é visto, por muitos, como o estatuto do culpado, enquanto as normas de direito penal simbolizam os inocentes.

E, embora não percebam, no processo, onde ainda não há uma certeza acerca da culpa do indivíduo, há uma fragilidade muito maior daquele que está sendo acusado de ter cometido um crime; as garantias constitucionais, imprescindíveis no curso que determinará a culpabilidade do réu, não podem ser negociadas, nem servir de massas de manobras ao sabor da instável política criminal brasileira. Nessa órbita, o presente artigo pretende estabelecer como um ponto de partida, na elucidação do problema, a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

Pontuadas estas razões preliminares, essenciais para o entendimento do texto, remete-se, de logo, às implicações da teoria dos direitos fundamentais.

## **2. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

Diversas teorias são formuladas para compreender os direitos fundamentais. Existem teorias históricas, filosóficas, sociológicas etc. Todas possuem importância na construção acerca dessas questões, seja porque esclarece o surgimento dos direitos fundamentais, os seus fundamentos ou devido à análise destinada à sua função no seio social<sup>2</sup>.

A abordagem dos direitos fundamentais que servirá de base para a teoria dos direitos fundamentais é a análise jurídica, vale dizer, para compreensão da inadmissibilidade da obtenção de provas por meios ilícitos, utilizar-se-á uma teoria geral jurídica dos direitos fundamentais. Importante advertir, no entanto, que a obra de Robert Alexy<sup>3</sup>, o referencial teórico desse artigo, faz alusão a uma teoria jurídica geral dos direitos

---

<sup>2</sup> JELLINEK, Georg. **Zur Geschichte der Erlärung der Menschenrechte**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, apud ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed, 2ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 31.

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed, 2ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

fundamentais da Constituição alemã. Contudo, e sem pretender fazer um direito brasileiro à luz de uma teoria estrangeira, as contribuições da obra alemã servem, com as devidas adaptações, para a clarificação do tema proposto.

Assim, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais está cingida aos aspectos positivos da Constituição. Não significa dizer que inexistem relações com os aspectos histórico-jurídicas no âmbito constitucional, muito pelo contrário; os aspectos históricos que resultaram na formação da Constituição vigente possuem relação e importância com as particularidades positivas da Carta Magna. Os fundamentos filosóficos, de igual forma, possuem estreita relação com as características jurídicas da norma fundamental do estado, especialmente na construção de uma teoria geral dos direitos fundamentais. No entanto, a distinção de cada teoria é indispensável para compreender as propriedades individuais de cada uma, possibilitando, assim, a análise precisa de seu material<sup>4</sup>.

Não é fácil nem muito clara a abordagem de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais. Por isso, primeiro é preciso que se diga que uma teoria jurídica é uma teoria dogmática dos direitos fundamentais. Nesse sentir, pode-se dizer que a dogmática jurídica está dividida em três aspectos, quais sejam: o analítico, o empírico e o normativo<sup>5</sup>.

O aspecto analítico trata da estrutura formal, sistemático-conceitual, conceitos elementares, construções procedimentais, aspectos fundantes dos direitos fundamentais. Estuda-se na dissecação analítica o que é direito subjetivo, liberdade, o conceito de norma, igualdade, suporte fático, conteúdo essencial, sopesamento dos direitos fundamentais etc<sup>6</sup>.

A dimensão empírica ampla, como se pretende, inclui a descrição do direito nas leis, a efetividade do direito, validade do positivo jurídico e análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Essa segunda dimensão não se esgota com a cognição de

---

<sup>4</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>5</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 34.

fatos observáveis e nem pode ser resumida a isto, conforme ensina a lição de Robert Alexy<sup>7</sup>:

(...) A caracterização da segunda dimensão como “empírica” não significa que a cognição do direito positivo válido se esgote com a cognição de fatos observáveis ou que a estes possa ser reduzida. É um truísmo afirmar que não se pode concluir pela existência de direito válido – qualquer que seja o sentido que se dê a essa expressão – tão somente a partir de observações como a reunião de um número de pessoas em uma sala, que primeiro conversam e depois levantam a mão. Aquele que quiser formular enunciados sobre direito válido com base em fatos desse tipo deve fazê-lo à luz de suposições que os transformem em fatos jurídicos. Os pormenores desse processo interpretativo são controversos. Por enquanto, interessa apenas o fato de que seu ponto de partida são sempre fatos em sentido empírico estrito. Isso justifica falar em uma “dimensão empírica”.

O espectro normativo avança, e vai além, em relação à dimensão empírica, cumprindo a missão de sanar dúvidas e apontar críticas à prática jurídica, especialmente àquela estabelecida pelo Supremo Tribunal (a práxis jurisprudencial). O pressuposto da dimensão normativa é o direito positivo válido, em outras palavras, “determinar qual a decisão correta em um caso concreto”<sup>8</sup>. Trata-se da busca por uma fundamentação racional dos juízos de valor, quer dizer, as aberturas axiológicas proporcionadas pelo material normativo carecem de valorações e o preenchimento de suas lacunas, dando origem aos problemas de complementação e o da fundamentação.

Em razão das dimensões da dogmática jurídica, a Ciência do Direito prima pelo caráter prático como meio unificador. Dito em outro giro verbal, não se pode dar maior peso a uma ou outra dimensão da dogmática jurídica, é preciso, pois, combinar as três esferas, com igualdade condições, integrando-as, como “condição necessária da racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática”<sup>9</sup>.

Ademais, a teoria jurídica geral dos direitos fundamentais simboliza um ideal teórico. O fim que se busca é a integração entre as dimensões da dogmática jurídica, orientada pela prática jurídica, na análise dos enunciados da norma fundamental, combinando os elementos das três esferas. Qualquer construção teórica sobre os direitos fundamentais

---

<sup>7</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 37.

que se aproximem desse modelo teórico proposto deve ser visto como uma aproximação ideal, uma teoria ideal<sup>10</sup>.

Para construção desse artigo, optou-se em tratar dois aspectos da teoria dos direitos fundamentais, o seu primeiro pressuposto teórico (a teoria dos princípios) e, o tão desconhecido pela disciplina processualista penal, suporte fático dos direitos fundamentais. Não se quer dizer com isso que os outros aspectos não possuam relevância, muito pelo contrário, ainda mais se tratando de uma teoria analítica. Porém, em razão da especificidade do tema e do estreito espaço destinado, deve-se concentrar naqueles aspectos que, por ora, mais interessa a admissão de provas obtidas por meios ilícitos no processo penal.

## 2.1. TEORIA DOS PRINCÍPIOS.

Diversos são as teorias que distinguem as regras dos princípios. Teorias que possuem como critério o grau de importância dos princípios em face das regras, ou vice-versa; teorias que se baseiam no grau de abstração dos princípios quando comparados às regras e outras tantas.

Na construção da teoria dos direitos fundamentais, aqui defendida, e, conseqüentemente, para a análise da inadmissibilidade das provas obtidas pelos meios ilícitos, a distinção entre regras e princípios deve ser entendida como direitos definitivos (as regras) e direitos *prima facie* (os princípios), conforme doravante será exposto.

Sem dúvidas, Ronald Dworkin, ao contrapor o positivismo de Hart, justificou suas idéias em decisões de tribunais norte americanos. Concluiu que muitas decisões dos magistrados não eram fundamentadas em regras jurídicas positivadas. Para ilustrar, cita o caso do herdeiro que, responsável pela morte do *de cujus*, havia sido nomeado pelo avô no testamento como um dos membros familiares que teria direito a uma parcela significativa de sua riqueza, embora o tribunal de Nova Iorque tenha utilizado o axioma

---

<sup>10</sup> Ibidem, 40.

geral da Ciência do Direito de que ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza, o qual impediu o assassino de receber a herança<sup>11</sup>.

Aos poucos, com a percepção de que a norma jurídica possuía categorias, permitiu-se o reconhecimento dos princípios na condição de espécies da qual é gênero as normas. Em outras palavras, a regra deixa de ser, a partir desse marco, defendida como a única espécie normativa ou o seu sinônimo, incluindo-se os princípios como uma das suas espécies. Pela pertinência, cabe a transcrição da lição de Dworkin<sup>12</sup> acerca da distinção entre regras e princípios:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (...)

Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. (...)

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. (...)

As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes (...)

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras.

Mais adiante, Alexy, ao construir a teoria dos direitos fundamentais<sup>13</sup>, revela que a distinção entre regras e princípios é a base para sua teoria, essencial para esclarecer diversos problemas da dogmática jurídica; a estrutura de diferenciação entre regras e princípios, diz o alemão, é o primeiro pressuposto teórico da teoria dos direitos fundamentais. Aliás, identificar se uma norma de direito constitucional é um princípio

---

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald; BOEIRA, Nelson (trad.) **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 37.

<sup>12</sup> *Ibidem*. p. 39-43.

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. **Op. Cit.**, 2012.

ou uma regra afeta às questões das restrições, colisões, liberdade, igualdade, direitos a proteção, organização, prestações em sentido estrito, competências do tribunal constitucional, limites, entre outros problemas que surgem com os direitos fundamentais.

Para Virgílio Afonso da Silva<sup>14</sup>, defensor, no Brasil, da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, a principal diferença entre os princípios e as regras é a estrutura que essas normas garantem ou impõe. Enquanto as regras garantem ou impõem direitos definitivos, os princípios garantem ou impõem direitos *prima facie*. Por conta disso, as regras se aplicam no método do tudo-ou-nada e os princípios são tidos como mandatos de otimização, que podem ser realizados em diversos graus (mínimos e máximos), de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

É preciso esclarecer que essa afirmação não significa em ausência de conflito entre regras ou que elas não comportam exceções, ao contrário. As regras comportam exceções, mas os conflitos surgidos entre duas regras devem ser resolvidos no plano da validade, baseado nos seus critérios de solução dos conflitos normativos, a saber: *lex specialis derogat legi generali, lex posterior derogat legi priori e lex superior derogat legi inferiori*. Em alguns casos haverá a invalidade total de uma das regras e em outros apenas uma invalidade parcial<sup>15</sup>.

Quanto aos princípios, por serem mandatos de otimização, não há conflito entre eles, mas coalisão. Portanto, não é possível se pensar em declaração de invalidade do princípio preterido no caso concreto. Na verdade, “o que ocorre quando dois princípios colidem – ou seja, preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica – é a fixação de *relações condicionadas de precedência*”<sup>16</sup>.

É dessa diferença entre princípios e regras que desaguam as distinções de aplicação: a subsunção, para as regras; e o sopesamento, para os princípios.

---

<sup>14</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 2ª Tir. Malheiros: São Paulo, 2012.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. **Op. Cit.**, 2012, p. 93.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 50.

Um ponto interessante, e pouco debatido na teoria dos princípios, é a coalisão entre regras e princípios. Segundo Virgílio Afonso da Silva, inspirado nas idéias de Alexy, havendo coalisão entre um princípio e uma regra este deve ser resolvido com o sopesamento do princípio colidente com o princípio no qual a regra se baseia. Esse sopesamento, no entanto, deve ocorrer uma única vez, no processo de surgimento da nova regra, originada pela colisão. A diferença dessa regra para as demais é que ela não surge do processo legislativo, mas do processo jurisprudencial, porém, uma vez criada, a regra ela deve obedecer à lógica de direito ou obrigação definitiva<sup>17</sup>.

Humberto Ávila<sup>18</sup>, ao analisar a teoria dos princípios de Alexy, aponta duas críticas.

Primeiro, defende que as regras também podem passar pelo sopesamento quando da sua aplicação, ou seja, as regras seriam ponderáveis. Para estadear sua crítica, Ávila menciona o exemplo contido no HC 73.662, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, onde se entendeu que o tipo penal do antigo art. 224º do Código Penal (estupro presumido) não estaria configurado, em razão da vítima não aparentar ter a idade inferior a 14 (quatorze) anos.

Em relação a essa primeira crítica, Virgílio Afonso da Silva diz que: i) o sopesamento como forma de interpretação é possível na compreensão da norma, todavia as regras não admitem o sopesamento como forma de aplicação; ii) a desconstrução de uma teoria jurídica geral, com toda a estrutura dogmática incorporada ao seu conteúdo, só é possível se é apontado problemas internos da teoria; a utilização de decisões isoladas não é capaz de apontar a inconsistência da teoria dos direitos fundamentais; iii) ainda assim, ao ler o voto do Ministro Marco Aurélio, relator do Habeas Corpus, e o próprio Ávila admite, entendeu-se que o tipo penal não estava configurado. Se o tipo penal não se configurou não é possível aplicar a regra. Ou seja, não há qualquer tipo de sopesamento<sup>19</sup>.

Ao que parece, as críticas apontadas por Ávila surgem da conclusão de que “a aplicação das regras não é, como alguns afirmam, algo automático, mas algo que pode também

---

<sup>17</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Op. Cit.**, 2012, p. 51-56.

<sup>18</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 53.

<sup>19</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Op. Cit.**, 2012, p. 58-59.

“dar trabalho” e custar muito esforço interpretativo”<sup>20</sup>. A distinção é muito clara e, como sói dizer o próprio Virgílio Afonso da Silva, “ora, quanto a isso não há dúvida, e nem Alexy nem qualquer outro adepto da teoria dos princípios sustentam o contrário”<sup>21</sup>. É preciso esclarecer que a distinção entre regras e princípios não está na facilidade interpretativa, definitivamente não, e nenhum dos adeptos da teoria dos princípios diz isso, já que a diferença é estrutural. Ou, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva, a quem novamente se socorre, “não é possível confundir “tudo-ou-nada” ou “subsunção” com “automatismo” ou “facilidade na interpretação”<sup>22</sup>.

Na segunda crítica, Ávila defende que as regras possuem uma dimensão de peso. Com isso, havendo um conflito entre duas regras uma poderá prevalecer sobre a outra, sem, contudo, ser considerada inválida. Utiliza, como um dos seus exemplos, duas “regras” do código de ética médica: a obrigação que todo médico tem de sempre dizer toda verdade ao paciente e a imposição ao médico de utilizar dos meios possíveis para curá-los. Diante desse “conflito”, Ávila indaga: “(...) como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente?”<sup>23</sup>. Para Ávila, esse exemplo comprova a necessidade, em alguns casos, de sopesar as regras, o que demonstraria que eles possuem dimensão de peso.

Virgílio Afonso da Silva, mais uma vez analisando a crítica de Ávila, reafirma que não é possível desconstruir teorias estruturais, sem apontar um problema interno que as afete, utilizando exemplos estapafúrdios. Mesmo assim, decompondo o exemplo citado pelo autor, revela que tais normas do código de ética médica impõem deveres *prima facie*, logo não podem ser classificadas como regras, mas sim como princípios<sup>24</sup>, e aí, sim, cabe sopesamento.

Logo, afastada as críticas de Ávila, verifica-se que as regras impõem ou garantem direitos definitivos, ao passo que os princípios impõem ou garantem direitos *prima facie*. Os conflitos normativos das regras se resolvem no plano da validade, enquanto os

---

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 53.

<sup>21</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Op. Cit.**, 2012, p. 59.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>23</sup> ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 53.

<sup>24</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Op. Cit.**, 2012, p. 61-62.

princípios são solucionados pelo sopesamento. As regras são aplicadas no esquema do tudo-ou-nada e os princípios são mandamentos de otimização.

## 2.2. SUPORTE FÁTICO.

O suporte fático dos direitos fundamentais são fatos, atos, posições jurídicas que as normas, em abstrato, prevêm alguma consequência jurídica. O suporte fático dos direitos fundamentais está ligado ao âmbito de proteção desses direitos fundamentais, ou seja, a característica que, isoladamente, faça parte do âmbito temático da norma de direito fundamental<sup>25</sup>.

Discute-se na doutrina se o suporte fático dos direitos fundamentais deve ser amplo ou restrito. No suporte fático restrito haveria uma exclusão *a priori* de condutas, selecionando, desde já, e em abstrato, quais as condutas estão protegidas pela norma fundamental. No suporte fático amplo não há uma exclusão *a priori* de condutas, sendo que todos os atos, fatos e posições jurídicas que possuam proximidade temática com a norma de direito fundamental são abrangidas e tuteladas por ela<sup>26</sup>.

Na estrutura analítica da teoria dos direitos fundamentais defendida por Alexy, não há como defender um suporte fático restrito dos direitos fundamentais, com exclusão *a priori* de condutas do âmbito de proteção da norma. Não é possível prever todos os atos, fatos ou posições jurídicas que estarão abrigadas pela norma no momento de sua criação e excluir, desde logo, àquelas situações concretas que não estariam protegidas pela norma. Por isso, o suporte fático parte de uma concepção abstrata e ampla das normas de direitos fundamentais. Compõe, também, o suporte fático a intervenção estatal e a fundamentação constitucional (ou ausência de fundamentação constitucional)<sup>27</sup>.

Em verdade, entre o suporte fático amplo ou restrito há uma clara mudança de foco, enquanto o suporte fático restrito foca sua teoria no momento de definição daquilo que é protegido, o suporte fático amplo centraliza o problema no instante de fundamentação da intervenção (ou da ausência desta)<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> ALEXY, Robert. **Op. Cit.**, 2012, p. 301.

<sup>26</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Op. Cit.**, 2012, p. 79-113.

<sup>27</sup> ALEXY, Robert. **Op. Cit.**, 2012, p. 307-309.

<sup>28</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Op. Cit.**, 2012, p. 94.

Mas veja que o suporte fático amplo não cria direitos absolutos. Deve-se lembrar, sempre, que o âmbito de proteção deve ser amplo porque o suporte fático é amplo – e a intervenção também deve ser ampla, bem assim sua fundamentação constitucional – pois garantem direitos *prima facie*, não garantem direitos definitivos. Essa tutela definitiva só vai ocorrer no caso concreto<sup>29</sup>.

Até porque, definir o conteúdo do suporte fático a partir da exclusão *a priori* de condutas permite, primeiro, um distanciamento dos direitos fundamentais com uma realidade cambiante, e, segundo, fomenta a discricionariedade e conveniência do julgador no caso concreto, que pode optar, simplesmente, por excluir do âmbito de proteção determinada ação, estado, ato ou posição jurídica, sem qualquer fundamentação constitucional, podendo argumentar, p.ex., que faltaria essência para àquela determinada situação está tutelado no âmbito de proteção da norma<sup>30</sup>.

Há, ainda, uma tentativa de alguns doutrinadores (Rawls, Müller, Tribe etc), em distinguir regulação do direito fundamental de restrição do direito fundamental. Em síntese, a regulação do direito fundamental afetaria apenas aspectos formais do exercício do direito fundamental, não incorrendo nenhuma inconstitucionalidade a sua prática, ao passo que a restrição ataca diretamente o conteúdo dos direitos fundamentais e necessitam da fundamentação constitucional para sua ocorrência<sup>31</sup>.

O julgado da ADI 1.969, analisado por Virgílio Afonso da Silva, reproduz exatamente o perigo em distinguir restrição de regulação, aspectos formais de conteúdo. O Governo do Distrito Federal, ao criar o Decreto 20.098, estabeleceu que estariam vedadas qualquer tipo de manifestação pública na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios, Praça Buriti e vias adjacentes. Sem maiores digressões, nota-se que a regulação das manifestações afeta, sobremaneira, o conteúdo da liberdade de expressão sem que haja uma fundamentação constitucional para sua ocorrência, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o Decreto distrital<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Ibidem, 83-94.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 101.

### 3. TESES ACERCA DA INADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL.

A prova é sempre aceita no processo penal quando não existe uma norma que exclua ou proíba seu ingresso<sup>33</sup>. Cordero<sup>34</sup> compreende que há uma relação do ato pretérito e futuro, de modo que a prova somente poderá ser aceita se for possível sua produção e a produção só pode ser pensada se a prova puder ser admitida. Assim, se o ingresso da prova for considerado ilícito e a produção realizada corretamente será nulo toda prova por derivação, já que não é possível retroagir para regularizar a admissão da prova. Por outro lado, caso a admissão tenha sido realizada segundo os preceitos normativos legais e a produção tenha sido defeituosa o ato poderá ser repetido.

Existem algumas normas constitucionais que limitam a admissão e produção da prova, como o direito de intimidade (art. 5º, X, da CF-88), a inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF-88), a inviolabilidade do sigilo de correspondência e das telecomunicações (art. 5º, XII, da CF-88), além da vedação às provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF-88), entre outros.

O art. 157º do Código de Processo Penal, após a alteração da Lei 11.690/2008, regula que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. O art. 157 do Código de Processo Penal é sempre muito criticado pela doutrina, pois, segundo muitos pensam, fere a distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas. Afinal, como sói dizer Fauzi Hassan Choukr, um dos seus críticos, “(...) buscou definir o que é prova ilícita e, ao fazê-lo, criou situação confusa ao misturá-la com a prova ilegítima”<sup>35</sup>.

Maria Thereza Assis de Moura<sup>36</sup> explica que a prova ilegal é gênero da qual é espécie: a prova ilegítima, àquela obtida após a violação de uma regra de direito processual penal, ou seja, no momento de produção; e a prova ilícita, àquela admitida por violação às regras de direito material ou constitucional. Trocando em miúdos, a prova ilegítima é

---

<sup>33</sup> CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, p. 44.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>35</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal, comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 287.

<sup>36</sup> ASSIS DE MOURA, Maria Thereza de. **Ilicitude na Obtenção da Prova e sua Aferição**. São Paulo: RT, 2013.

associada à produção da prova, portanto repetível seu ato, sendo associada às normas processuais; as provas ilícitas, por sua vez, possuem laços estreitos com a coleta da prova e são regidas pelas normas materiais ou constitucionais, constituindo nulidade de todos os atos praticados à sua posteridade, sem possibilidade de repetição, devendo ser desentranhadas dos autos e destruídas as provas acometidas por esses vícios<sup>37</sup>.

Diante desse cenário, surgem quatro principais teorias sobre a admissibilidade das provas ilícitas. Como já dito, há teorias que admitem perfeitamente as provas obtidas por meios ilícitos, outras que recusam sob qualquer argumento a admissão de provas obtidas por meios ilícitos e àquelas que relativizam essa admissibilidade por meio da proporcionalidade<sup>38</sup>.

Analisando todas as teorias que debruçam sobre a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, nenhuma faz uma análise a partir da teoria dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, à luz da teoria dos princípios. A norma constitucional que veda a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos é uma norma de direito fundamental, inserido no art. 5º da Constituição Federal. Mas isso, como já alertado nas linhas introdutórias, é algo que parece esquecido dos estudos do direito processual penal. Aliás, poucos são os autores que se dedicam ao estudo profundo da matéria que regula os ritos processuais penais, e isso tudo parece bem orquestrado pelo sistema punitivo estatal, desde que este percebeu que é muito mais fácil, rápido e com um rigor muito maior, colocar um indivíduo no cárcere através de uma norma classicamente de direito processual penal<sup>39</sup>.

E esse descaso reflete em toda disciplina, não sendo, portanto, diferente com a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. Há uma necessidade, em se tratando de admissão de provas ilícitas, de identificar, antes de tudo, se a estrutura da norma que regula essa proibição é um princípio ou uma regra. Com efeito, os próximos tópicos se dedicam, exatamente, em trazer as principais teorias sobre o tema, para, ao fim, apresentar àquela que, de acordo com a teoria dos direitos fundamentais

---

<sup>37</sup> ZILLI, Marcos. **O Pomar e as Pragmas**. Boletim do IBCCrim, n. 188, julho/2008, p. 2.

<sup>38</sup> Sobre as teorias acerca da admissibilidade das provas ilícitas, didaticamente: LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª São Paulo: Saraiva, 2012, 594.

<sup>39</sup> BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

(especificamente, a teoria dos princípios), está de acordo com a estrutura analítica da dogmática jurídica que aqui se propõe<sup>40</sup>.

### 3.1. ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS.

A primeira teoria defende que é possível a utilização das provas obtidas por meios ilícitos, devendo a pessoa que violou a norma ser responsabilizada cível ou criminalmente pela violação que vedava a obtenção da prova, conforme a violação ocorrida. Para essa teoria, a vedação da obtenção de provas ilícitas serve para responsabilizar quem viola a norma, mas não será óbice para que essas provas sejam utilizadas no processo penal.

Franco Cordero é o maior expoente dessa tese, ao afirmar que *“queda por decir cuándo una prueba es admisible; y conviene decirlo por la negativa; lo es siempre que ninguna norma la excluya. Normas procesales, claro está. No importa que haya sido descubierta o establecida ilícitamente”*<sup>41</sup>.

Essa posição não encontra respaldo na jurisprudência do Brasil e os autores criticam esse posicionamento<sup>42</sup>, justamente, por estabelecer uma contradição ao dispor que uma mesma prova poderá ter a função de absolver um réu em determinado processo, mas, por via de consequência, torna-lo culpável em outro.

No entanto, consoante será visto nos tópicos que se seguem, ao menos no Brasil, essa posição não é possível porque o art. 5º, LVI, da Constituição, estabelece uma regra de vedação à admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos. E, como ficou claro quando se construiu a teoria dos princípios como parte integrante da teoria dos direitos fundamentais, as regras são aplicadas na lógica do tudo-ou-nada, mesmo porque “isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja

---

<sup>40</sup> SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Primeiras Reflexões Acerca da Distinção entre Princípios e Regras Constitucionais do Processo Penal**. Boletim do IBRASPP, n. 1., fevereiro/2011, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 17.

<sup>41</sup> CORDERO, Franco. **Op. Cit.**, 2000, p. 44.

<sup>42</sup> LOPES JR., Aury. **Op. Cit.**, 2012, 595.

aplicável ao caso concreto”<sup>43</sup>. As exceções às regras devem ser vistas como parte integrante dela, e, assim, se pensarmos, por exemplo, na regra que proíbe a retroação da lei penal e a regra que da retroação da lei penal para beneficiar o réu (art. 5º, XL, CF-88), a norma deve ser compreendida como “é proibida a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas para o réu que a lei anterior”<sup>44</sup>.

### 3.2. ADMISSIBILIDADE EM NOME DA PROPORCIONALIDADE.

Para parte da doutrina, a admissibilidade das provas ilícitas devem passar pelo crivo da proporcionalidade, devendo ser admitidas as provas quando tiver sido comprovada a necessidade de preservar o interesse público, aplicáveis em situações extremas e que causem grande impacto ao sistema normativo. Assim, se o único meio de provar a existência do delito for através dessa prova ilícita, deverá ser admitida para preservar o interesse público almejado<sup>45</sup>.

Como os limites desse trabalho não permitem um estudo pormenorizado sobre a afamada supremacia do interesse público, importa dizer que o seu conceito não pode servir de paradigma para admissão das provas ilícitas. A própria ausência de um conceito seguro, pois de todo genérico, revela a temeridade em decidir pela admissão da prova ilícita em razão desse argumento. Além disso, a supremacia do interesse público é algo superado pela doutrina mais avançada, na medida em que o mesmo se baseia numa compreensão equivocada da relação entre pessoa humana e Estado, encerrando assim sérios riscos para a tutela dos direitos fundamentais<sup>46</sup>.

Tratando especificamente da teoria dos direitos fundamentais, percebe-se que a supremacia do interesse público pressupõe uma exclusão *a priori* de determinadas condutas que, assim, deverão ceder sempre em favor do interesse público, o que a aproxima do suporte fático restrito dos direitos fundamentais, e, portanto, mostra-se incompatível com a teoria formulada por Alexy.

---

<sup>43</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Op. Cit.**, 2011, p. 45.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> ASSIS DE MOURA, Maria Thereza de. **Op. Cit.**, 2013, traz dois julgados que admitem a tese da admissibilidade em nome da proporcionalidade, qual seja: HC 3.982, RSTJ 82/322

<sup>46</sup> SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**. In: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 61-62.

Outra questão relevante, que afeta essa teoria, é o fato de se conceber a proporcionalidade como um princípio, um mandamento de otimização, quando, em verdade, a proporcionalidade tem estrutura de regra, regra de aplicação de outras regras<sup>47</sup>, daí porque sempre manipulada ao sabor da política criminal pendular do Estado, que ora opta pela lei e ordem ora opta pela máxima garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

Desse modo, excluída a hipótese de compatibilidade dessa teoria com a estrutura da teoria dos direitos fundamentais (e, obviamente, com a teoria dos princípios), passa-se a teoria que defende a admissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos para ser utilizada em benefício do réu, também chamada de proporcionalidade *pro reo*.

### 3.3. PROPORCIONALIDADE *PRO REO*.

A admissibilidade da prova ilícita após exame da proporcionalidade *pro reo* é defendida por diversos autores, entre os quais: Aury Lopes Jr.<sup>48</sup>, Vicente Greco Filho<sup>49</sup>, Paulo Rangel<sup>50</sup>, entre outros. Entende-se que se a admissão da prova ilícita resultar na inocência do réu esta deve ser aceita em detrimento da imposição do art. 5º, LVI, da Constituição Federal.

Segundo Vicente Grecco, “uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”<sup>51</sup>.

Neste sentido, Aury Lopes Jr. explica que é “desnecessário argumentar que a condenação de um inocente fere de morte o valor “justiça”, pois o princípio supremo é o da proteção dos inocentes no processo penal”<sup>52</sup>. O processualista gaúcho acrescenta ao

---

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Op. Cit.**, 2012.

<sup>48</sup> LOPES JR., Aury. **Op. Cit.**, 2012, 597.

<sup>49</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 112-113.

<sup>50</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 431.

<sup>51</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Op. Cit.**, p. 112-113.

<sup>52</sup> LOPES JR., Aury. **Op. Cit.**, 2012, 597.

seu argumento a tese de que o acusado que obtém a prova ilícita para sua inocência estaria acobertado “pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade”<sup>53</sup>, fazendo a ressalva que ela não pode servir para condenar terceira pessoa em outro processo. Ou seja, para ele, “não existe uma convalidação, ou seja, ela não se torna lícita para todos os efeitos, senão que apenas é admitida em um determinado processo (em que o réu que a obteve atua ao abrigo do estado de necessidade)”<sup>54</sup>.

Embora, ao final, possa se chegar à mesma conclusão dos defensores da teoria da proporcionalidade *pro reo*, pensa-se que o caminho a ser percorrido é outro. A proporcionalidade, segundo os preceitos da teoria dos direitos fundamentais, é uma regra de aplicação de outras regras<sup>55</sup> e não parece ser necessário recorrer aos seus instrumentos para permitir o uso da prova ilícita em favor da absolvição do réu.

Segundo restou claro, a teoria dos direitos fundamentais, e, mais precisamente, a teoria dos princípios, estabelece que a regra é uma norma que garante direitos definitivos e os princípios são normas que garantem direitos *prima facie*. Há, nitidamente, no caso da admissão da prova para inocentar o réu, a coalisão de uma regra (da obtenção da prova ilícita, inserida no art. 5º, LVI, da Constituição) com uma norma princiológica (a liberdade).

No tópico 2 do presente artigo foi dito que a coalisão entre regras e princípios devem ser resolvidas pelo sopesamento do princípio colidente com o princípio no qual a regra se baseia. Nesse caso, parece ficar nítido, a liberdade está em coalisão com o princípio na qual a regra da vedação a provas ilícitas se baseia, qual seja: o princípio da legalidade. Assim, fincado nas premissas da teoria dos direitos fundamentais, podemos concluir que, nesses casos, a liberdade deve sobressair sobre o princípio da legalidade.

Por fim, devemos acrescentar, esse sopesamento deve ser feito uma única vez, originando no surgimento de uma nova regra, fruto da colisão. Essa regra, porém, surgiu do processo jurisprudencial<sup>56</sup> (diferente das demais que surgem do processo legislativo),

---

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 598

<sup>55</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Op. Cit.**, p. 168.

<sup>56</sup> Vide HC 74.678, Min. Moreira Alves.

mas, uma vez criada, ela deve seguir toda a estrutura normativa da regra, do método subsunção (tudo-ou-nada) na sua aplicabilidade.

#### **4. INAMDISSIBILIDADE DAS PROVAS ILÍCITAS COMO REGRA.**

O processo penal, não que seja suficiente, passou a ser estudado com maior frequência nos últimos anos. Cresceu o número de livros, artigos, manuais, institutos, que buscam debater e aprofundar a ciência do direito processual penal. Isso é uma resposta ao equívoco que há no funcionamento da justiça criminal brasileira. Esta dubiedade vem desde os bancos da academia, onde se tem uma matéria denominada de teoria geral do processo (TGP), como se fosse possível reunir todas as teorias gerais sobre processo em um único objeto<sup>57</sup>.

Isso fez com que o processo civil assumisse um papel de protagonista, até porque a maioria dos professores de TGP leciona, também, processo civil, deixando o processo penal como se fosse um ramo acessório. E o pior, instalou-se a ideia de que o processo penal é um ramo mais próximo do processo civil, por ser processo, do que do direito penal, por ser penal. Há algum tempo atrás, não havia distinção entre direito penal e processo penal, a ponto de alguns ordenamentos conterem a norma incriminadora e a forma como seria processado o curso da acusação, tudo no mesmo diploma. Como exemplo pode-se citar as ordenações filipinas<sup>58</sup>.

A política criminal do Estado, ao perceber a maior fragilidade evolutiva do processo penal, direciona-se em um caminho nebuloso. Tudo que poderia representar recrudescimento da carga punitiva, em termos de violência estatal contra o indivíduo, passou a ser feito pelo processo penal. O direito penal é intervenção em termos mediata, distante, indireta, enquanto que processo em cinco minutos, entre aspas, se resolve o problema. Enquanto se leva anos e anos a fio, esperando o trânsito em julgado para colocar uma pessoa na cadeia por meio de uma norma classicamente penal, no processo penal, em menos de cinco minutos, às vezes em menos de dois parágrafos, você coloca

---

<sup>57</sup> VIERA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. **Sobre a relação entre Direito Penal e Processo Penal**. In Leituras Complementares de Processo Penal. Rômulo Moreira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

<sup>58</sup> *Ibidem*, **Loc.cit.**

um indivíduo numa jaula, como diz Binder<sup>59</sup>, através desses instrumentos como a prisão preventiva ou a prisão temporária.

O distanciamento provocado entre direito penal e processo penal resultou em um maior nível de proteção da norma material, não que seja suficiente, do que da norma processual penal. Há mais evolução, portanto, do direito penal do que do processo penal<sup>60</sup>.

O processo penal que deveria ser instrumento de garantia, imposição de limites ao poder punitivo estatal, passou a ser objeto de si mesmo. A identificação relaciona-se com o brocardo de Binder<sup>61</sup>, ao mencionar que o direito penal não toca em um só fio de cabelo do acusado, sendo esta tarefa do processo penal. No Brasil, a política legislativa ao perceber isto modificou seus modos de alterabilidade das normas criminalizadoras.

Exatamente por isso, após a edição da Constituição Federal de 1988, parte significativa das normas alteradas em matéria penal está associada ao processo. Modifica-se o regime da liberdade provisória, aumenta-se prazo de prisão, elimina recurso, tudo como tentativa de aumentar a carga repressiva, sem a necessidade de aguardar o trânsito em julgado.

E, quando não é possível a modificação das normas processuais, a política criminal orienta o processo penal ao seu modo, sempre com o objetivo de aumento da sua punibilidade. Não é diferente com a admissão das provas ilícitas no processo penal. Embora haja uma nítida evolução nos últimos anos, na tentativa de sofisticação intelectual da disciplina, “esses estudos não têm sido acompanhados de um estudo sistemático das espécies normativas constitucionais e da sua aplicação na esfera processual penal. De fato, no âmbito do processo penal, os termos: princípios, regras e garantias constitucionais são sempre utilizados indistintamente, como se sinônimos fossem”<sup>62</sup>. Com efeito, os avanços da filosofia constitucional referente à aplicação e interpretação da Constituição não é vista no direito processual penal.

---

<sup>59</sup> BINDER, Alberto M. **Op. cit.**, 2003, p. xxi.

<sup>60</sup> *Ibidem*, **Loc.cit.**

<sup>61</sup> *Ibidem*, **Loc.cit.**

<sup>62</sup> SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **Op. Cit.**, p. 17.

Para a teoria dos direitos fundamentais, já abordada, os princípios são normas que garantem direitos *prima facie* enquanto que as regras são normas que garantem direitos definitivos, por isso os princípios são mandamentos de otimização e aplicadas na medida do possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes, enquanto que as regras são aplicadas através da subsunção ou no que ficou conhecido como modelo do tudo-ou-nada.

Para identificarmos se estamos diante de um princípio ou de uma regra é preciso, entre conhecimentos, estabelecer a distinção entre texto e norma. Para os fins desse trabalho, importa dizer que os princípios podem ser aplicados em diversos graus enquanto que as regras tratam de uma aplicação direta. Portanto, as normas que não possuem gradação são tidas como regras, como, por exemplo, deveria ser visto a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da Constituição Federal).

Logo, na prática, a regra impõe que não é admitida prova ilícita no processo penal. Não há como haver gradações. O art. 5º, LVI, da Constituição tem estrutura normativa de regra, não havendo possibilidade de ponderação, sua aplicação é feita através da subsunção, no modelo do tudo-ou-nada, não havendo que se falar em dimensão de peso nem sopesamento com outras regras, pois sua aplicabilidade é resolvida no plano da validade.

No entanto, deve-se reconhecer, que quando a prova obtida ilicitamente venha servir para provocar a inocência do réu há um nítido caso de coalisão da liberdade (que tem estrutura de princípio) com a regra do art. 5º, LVI, da Constituição. Nessa hipótese, partindo da própria teoria dos direitos fundamentais, pode haver sopesamento da liberdade com o princípio no qual a regra do art. 5º, LVI, da Constituição, se baseia, qual seja, a legalidade.

Por conta disso, e por tudo mais exposto ao longo do presente artigo, conclui-se que a regra do art. 5º, LVI, da Constituição, comporta essa única exceção, pois sopesando os valores em xeque, seria extremamente perigoso dar preferência à legalidade quando está em jogo a liberdade do indivíduo. Não se pode olvidar, todavia, que uma vez confrontada a regra e o princípio cria-se, por meio da construção jurisprudencial, uma nova regra, que, após isso, segue a sua estrutura normativa e deve ser aplicada pela subsunção.

Assim, uma análise sistemática do processo penal e da filosofia constitucional dos direitos fundamentais, deve concluir que a regra de admissão das provas ilícitas pode ser formulada como: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, exceto na hipótese de servir para absolvição do inocente”.

## **5. CONCLUSÃO.**

Em epítome, pode-se concluir que:

1. A admissibilidade das provas ilícitas no processo penal é regulada pelo art. 5º, LVI, da Constituição Federal, devendo os demais diplomas legais atinentes à matéria, especialmente o Código de Processo Penal, seguir os preceitos estabelecidos na norma fundamental do estado.

2. A resposta acerca da admissibilidade das provas ilícitas no processo penal deve ser regulado à luz da teoria dos direitos fundamentais, precipuamente a teoria dos princípios, na definição da estrutura normativa da norma que regula a matéria em análise.

3. A teoria dos direitos fundamentais pertinente com os propósitos do texto constitucional encontra respaldo na doutrina de Alexy, que, no Brasil, tem em Virgílio Afonso da Silva, seu grande defensor.

4. A teoria dos direitos fundamentais que importa para os efeitos do presente trabalho, conforme lecionam Alexy e Virgílio, é uma teoria jurídica e geral dos direitos fundamentais. Por isso, ela é concebida como integrante da dogmática jurídica, a qual subdivide-se em três dimensões, a saber: analítica, empírica e normativa. As três dimensões possuem a mesma relevância para a teoria geral, devendo manter-se integradas.

5. Para Alexy, bem assim para Virgílio Afonso da Silva, a teoria dos princípios é o primeiro pressuposto teórico da teoria dos direitos fundamentais, sendo a base da estrutura analítica de toda teoria geral, havendo necessidade de distinguir os princípios e

regras como, os primeiros, normas que garantem direitos (ou impõe deveres) *prima facie* e, o segundo, normas que garantem direitos (ou impõe deveres) definitivos. Assim, os princípios são normas de otimização, aplicáveis na maior medida do possível de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes, enquanto que as regras são normas aplicadas no modelo do tudo-ou-nada. Por isso, os conflitos entre regras se resolvem no plano da validade, enquanto os princípios passam pelo sopesamento.

6. Em alguns casos pode haver coalisão entre uma regra e um princípio, devendo tal coalisão ser resolvida através do sopesamento do princípio em colidente com o princípio no qual a regra se baseia. Deve-se ressaltar que esses casos de coalisão é possível realizar uma única vez, criando-se, após, por meio de construção jurisprudencial, uma regra que deverá seguir a mesma estrutura normativa das demais regras.

7. O suporte fático dos direitos fundamentais é composto pelo âmbito de proteção, intervenção estatal e fundamentação constitucional, sendo conceituado como os fatos, atos, posições jurídicas que as normas, em abstrato, prevêm alguma consequência jurídica. Na estrutura analítica da teoria dos direitos fundamentais defendida por Alexy, não há como defender um suporte fático restrito dos direitos fundamentais, com exclusão *a priori* de condutas do âmbito de proteção da norma. Não é possível prever todos os atos, fatos ou posições jurídicas que estarão abrigadas pela norma no momento de sua criação e excluir, desde logo, àquelas situações concretas que não estariam protegidas pela norma. Por isso, o suporte fático parte de uma concepção abstrata e ampla das normas de direitos fundamentais.

8. As teses de admissibilidade da obtenção das provas ilícitas não estudam a teoria dos direitos fundamentais. Em verdade, os processualistas penais não fazem distinção entre regras e princípios, utilizando ambos os conceitos, muita das vezes, como sinônimos, embora a filosofia constitucional dos direitos fundamentais ter avançado bastante no que concerne o tema.

9. Assim, existem teorias que admitem as provas ilícitas, devendo ser responsabilizado cível ou criminalmente quem violou a norma de admissão, outras que concebem a inadmissibilidade absoluta das aludidas provas, àquelas que defendem a admissão em

nome do interesse público, umas que defendem o exame da proporcionalidade para admissão da prova ilícita, tão somente, se para promover a absolvição do réu.

10. Por fim, nenhuma das teorias procura identificar a estrutura da norma que regula a admissão das provas ilícitas. E à luz da teoria dos direitos fundamentais, pode-se concluir, facilmente, que a norma do art. 5º, LVI, da Constituição, que regula a admissão das provas ilícitas no processo penal, tem estrutura de regra. Logo, ela deve ser aplicada e resolvido seus conflitos no plano da validade, o que significa dizer que deve ser aplicada na sua totalidade. Entretanto, também à luz da teoria dos princípios de Alexy e Virgílio, deve-se reconhecer que nos casos da prova ilícita que servirão para absolvição de um inocente há uma coalisão da regra (art. 5º, LVI, CF-88) com a liberdade (princípio), devendo ser resolvido, conforme ensina a própria teoria dos princípios, pelo sopesamento do princípio colidente com o princípio que inspira a regra, que, nesse caso, é o princípio da legalidade.

11. Por conta disso, a regra de admissão das provas ilícitas pode ser formulada como: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, exceto na hipótese de servir para absolvição do inocente”.

## 6. REFERÊNCIAS.

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed, 2ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ASSIS DE MOURA, Maria Thereza de. **Ilicitude na Obtenção da Prova e sua Aferição**. São Paulo: RT, 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2008.
- BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal, comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000.
- DWORKIN, Ronald; BOEIRA, Nelson (trad.) **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- JELLINEK, Georg. **Zur Geschichte der Erlärung der Menschenrechte**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964, apud ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed, 2ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2012
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª São Paulo: Saraiva, 2012.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Primeiras Reflexões Acerca da Distinção entre Princípios e Regras Constitucionais do Processo Penal**. Boletim do IBRASPP, n. 1., fevereiro/2011, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 17.
- SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional**. In: *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed., 2ª Tir. Malheiros: São Paulo, 2012.
- VIERA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. **Sobre a relação entre Direito Penal e Processo Penal**. In *Leituras Complementares de Processo Penal*. Rômulo Moreira (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

ZILLI, Marcos. **O Pomar e as Pragas**. Boletim do IBCCrim, n. 188, julho/2008.