

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA - ASCES/UNITA

BACHARELADO EM DIREITO

**COLISÃO DE BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS PELA
CONSTITUIÇÃO E A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DA PROVA
PROIBIDA**

CASSYO JEFFERSON CARLOS DE LIMA PATRIOTA

CARUARU

2017

CASSYO JEFFERSON CARLOS DE LIMA PATRIOTA

**COLISÃO DE BENS JURÍDICOS PROTEGIDOS PELA
CONSTITUIÇÃO E A POSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DA PROVA
PROIBIDA**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado à ASCES/UNITA, como
requisito final, para a obtenção do grau
de Bacharel em Direito, sob orientação
do Professor Especialista Marupiraja
Ramos Ribas.

CARUARU

2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: ___/___/_____

Presidente

Primeiro Avaliador

Segundo Avaliador

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Orientador, Doutor Juiz de Direito Marupiraja Ramos Ribas, pela dedicação e empenho nas suas lições que de certo foram fundamentais na construção do presente trabalho. Agradeço também a minha esposa, Elaine Barbosa de Santana Patriota, que me proporcionou o incentivo necessário para conclusão desta monografia, superando os obstáculos que recaem na rotina de um estudante trabalhador.

RESUMO

A sociedade brasileira contemporânea é presentada com as mais importantes conquistas trazidas pela Constituição da República de 1988, que tendo como objetivo a melhor proteção do cidadão, contemplou os mais diversos valores que regem a vida humana com a máxima proteção expressa em seu texto, no entanto, os bens jurídicos protegidos pela Carta Magna são corriqueiramente objetos de colisão, onde as respectivas soluções não são descritas de forma sucinta em seu texto. Cabe ao operador do direito buscar a solução das situações conflitantes através dos princípios e procedimentos compatíveis com o ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. Entre os diversos valores constitucionalmente protegidos estão a vida, a liberdade, a intimidade e a vedação das provas ilícitas no processo, no entanto como a Lei Maior atribui proteção igual a todos eles, torna-se difícil atuar numa resolução de conflitos onde cada valor não pode ser mensurado, contudo a depender do caso concreto, certo direito pode claramente se sobrepor ao outro, mas a discussão traz outras peculiaridades quando se levanta a possibilidade de se admitir provas proibidas pelo ordenamento legal, sejam elas ilícitas ou ilegítimas, para evitar que se faça uma ponderação injusta diante do conflito existente entre os bens jurídicos constitucionalmente protegidos. A vedação a provas ilícitas também é uma garantia constitucional, mas quando se tem em jogo valores considerado de extrema relevância é possível perceber que há uma restrição a essa regra da constituição sem ferir a ordem jurídica. As soluções são apontadas seguindo os mecanismos que o magistrado tem a disposição como o livre convencimento motivado e o princípio da proporcionalidade que juntos podem mostrar uma visão diferenciada sobre a admissibilidade das provas tidas a princípio como proibidas na resolução dos conflitos que envolvam bens jurídicos resguardados na Carta Magna e que possuem inestimáveis valores perante a sociedade.

Palavras-chave: Bens Jurídicos; Constituição; Conflito; Prova ilícita; Proporcionalidade.

ABSTRACT

The Contemporary Brazilian society is presented with the most important achievements brought by the Constitution of the Republic of 1988, which aimed at the best protection of the citizen, contemplated the most diverse values that govern human life with the maximum protection expressed in its text, however, Legal rights protected by the Greater Law are commonly collision objects, where their solutions are not described succinctly in their text. It is up to the operator of the law to seek the solution of conflicting situations through the principles and procedures compatible with the legal system of a Democratic State of Law. Among the various constitutionally protected values are life, liberty, intimacy and prohibition of unlawful evidence in the process; however, since the Grand Law gives equal protection to all of them, it is difficult to act in a conflict resolution where each value does not Can be measured, but depending on the specific case, one right may clearly overlap with the other, but the discussion has other peculiarities when the possibility of admitting evidence prohibited by the legal system, whether illegal or illegitimate, is To take an unfair consideration of the conflict between the constitutionally protected legal assets. The prohibition of unlawful evidence is also a constitutional guarantee, but when values are considered to be of extreme relevance, it is possible to perceive that there is a restriction to this rule of the constitution without hurting the legal order. The solutions are pointed out following the mechanisms that the magistrate has at his disposal such as free convincing and the principle of proportionality that together can show a differentiated view on the admissibility of the evidence considered at first as prohibited in the resolution of conflicts involving legal assets protected in the Greater Law and who have invaluable values before society.

Keywords: Legal Goods; Constitution; Conflict; Unlawful evidence; Proportionality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
2.1 Direito à vida	13
2.2 Direito à liberdade	14
2.3 Direito à preservação da Intimidade e de outros valores da personalidade.....	16
3 ADMISSÃO DA PROVA PROIBIDA	21
3.1 Proibição Constitucional.....	21
3.2 Proibição da norma processual penal	24
3.3 Livre convencimento motivado do juiz como possibilidade de admitir a prova proibida	26
4 A COLISÃO DOS BENS JURIDICAMENTE PROTEGIDOS NA CARTA MAGNA E A POSSIBILIDADE DA ADMISSÃO DA PROVA PROIBIDA.....	31
4.1 Princípio da proporcionalidade e razoabilidade.....	31
4.2 A colisão dos bens juridicamente protegidos na Constituição.....	34
4.3 Da possibilidade legal ou não da admissão da prova proibida.	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIAS.....	43

1 INTRODUÇÃO

Através do direito alcança-se a construção de uma ordem social baseada em um sólido conjunto de normas jurídicas que contenha as mais diversas garantias que possa solucionar os inúmeros conflitos insurgentes na sociedade. Esta tarefa é imputada ao Poder Judiciário Estatal, que deve analisar e julgar a colisão de bens jurídicos que socorrem rotineiramente. Apesar de ser uma expressão bem compreensível, a definição de bem jurídico não é tão simples de se alcançar, não se encontra uma definição legal ou alguma unanimidade na doutrina, mas diante de diversos conceitos existentes é possível extrair a ideia de que bens jurídicos são interesses humanos, do indivíduo ou da coletividade que estão protegidos pelo direito.

Os bens jurídicos vão sendo incluídos no rol de proteção do ordenamento jurídico no decorrer do tempo. Determinados valores, como a vida ou a dignidade da pessoa humana, eram facilmente ignorados ou afastados em épocas em que se valiam mais os interesses de reis ou governos autoritários. Não que hoje isso tenha se acabado, mas as lutas constantes de movimentos sociais e organizações têm exercido importante pressão para que cada vez mais no mundo sejam tais valores reconhecidos como Direitos que devem ser protegidos e não suprimidos. Neste sentido, um grande marco foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sucedida por diversos acordos e tratados internacionais que tinham como objetivo garantir a conversão de valores e privilégios estendidos a poucos para bens jurídicos e direitos inerente a todas as pessoas humanas tais como vida digna, liberdade de expressão, devido processo legal, entre outros.

Na Constituição Federal (CF), são tratados os bens jurídicos considerados mais relevantes para nossa sociedade. O Título II da Carta Magna cuidados “Direitos e Garantias Fundamentais”, em cinco capítulos (arts. 5º ao 17). O capítulo I, Direitos Individuais e Coletivos, estão discriminados os bens jurídicos amplamente valorizados após o Período do Regime Militar Brasileiro, onde há investigações até hoje sobre violação de direitos dos mais diversos tipos.

No primeiro capítulo é apresentada a proteção dada pela Carta Magna aos mais variados bens jurídicos, assim como também é levantada a discussão sobre o conflito que gerado por eles, já que em determinados momentos no cotidiano social,

apareçam situações de colisão desses bens. Em determinada relação jurídica, por exemplo, pode haver conflito entre a liberdade de comunicação e a inviolabilidade da intimidade do indivíduo.

O capítulo intermediário trata da questão sobre a admissão das provas ilícitas no processo. É proibido, no sistema jurídico brasileiro, o uso de provas obtidas por meios ilegais. Devendo essas provas ser desmembradas de seus respectivos processos, assim como as provas oriundas delas.

Através de meio probatório é que se pode determinar se certo bem jurídico está sendo desrespeitado: o indivíduo pode utilizar-se da prova para ostentar seu direito prejudicado ou ainda demonstrar que a prova que foi utilizada de forma não compatível com o ordenamento jurídico, o que torna a sua utilização inviável no processo legal, devendo a prova ser afastada e o direito, ou bem jurídico, ser de imediato restaurado, voltando a ser gozado pela pessoa que dele foi privado.

Seria o caso, a título exemplificativo, uma pessoa que é suspeita de praticar furtos em local de trabalho, é presa por ser flagrada, através de câmeras escondidas, cometendo o delito. No entanto, a situação se configura em uma filmagem clandestina, pois nem foi autorizada pelo judiciário e nem ela estava ciente da existência das filmadoras naquele local, havendo assim uma violação ao seu direito de intimidade, devendo ser solta por ter tido a sua prisão fundada em meio probatório ilícito.

Ainda no segundo capítulo há a discussão sobre a atuação do juiz quando envolve colisão de interesses resguardados pela constituição, será até onde o magistrado pode atuar e os instrumentos que ele tem a disposição para resolução de conflitos, inclusive a possível admissibilidade das provas proibidas.

Como forma de se garantir a imparcialidade do magistrado na decisão dos processos, o ordenamento jurídico pátrio adota o livre convencimento motivado pelo juiz Presente tanto no Código de Processo Civil (CPC, arts. 131, 165, 458) como no Código de Processo Penal (CPP), art. 381, III.

O juiz não pode condenar apenas em indícios, muito menos em provas ilícitas, no entanto o magistrado é um ser humano, possui convicções, é influenciável, não há como negar que mesmo não podendo utilizar uma prova ilícita, a mesma não exerça nem um tipo de influência em sua atividade cognitiva, ao menos em tese, pois na prática não poderá valer-se de tal prova para condenar o

réu. Não havendo nenhum outro meio probatório que sirva de fundamento para condenação, terá o réu que ser absolvido pelo juiz.

O último capítulo proporciona uma abordagem genérica sobre os conflitos de bens jurídicos constitucionalmente protegidos e cogita a possibilidade da mitigação da proibição das provas ilícitas feita pelo ordenamento jurídico

Ao operador do direito, cabe a busca em solucionar qual bem jurídico merecerá a tutela jurisdicional, e em primeiro plano deve haver a intenção de evitar sacrifício integral de um bem em relação ao outro.

Mas verificada a impossibilidade de minimizar a perda de um direito dessa magnitude em face de outro que goza da mesma proteção constitucional torna-se inevitável o julgamento de qual bem jurídico prevalecerá e qual deva sucumbir no todo ou em parte.

Para reagir bem diante dessas situações o magistrado pode valer-se de princípios como o já mencionado livre convencimento motivado e o da proporcionalidade e razoabilidade, com o objetivo de buscar mecanismo que possa justificar a maleabilidade da restrição de provas proibidas para que se possa chegar a tutela de direitos que representam valores tão relevantes que a sua aparente inobservância possa gerar uma sensação de insegurança jurídica.

O presente estudo traz uma importante abordagem de Bens Jurídicos Protegidos pela Carta Maior em especial o Direito à Vida à Liberdade, e Direito à Intimidade, discriminados no segundo capítulo.

Além de demonstrar a forma de como eles são tratados no nosso sistema jurídico, o trabalho incluirá a análise de como tais Bens Jurídicos podem colidir com outros Constitucionalmente protegidos, e também se há possibilidade de admitir prova proibida como meios para obtenção da tutela jurisdicional.

Através da análise de todos esses elementos busca-se um panorama de como é tratado os conflitos dessa natureza no Poder Judiciário e se há uma variação nas considerações de provas em princípio proibidas, na decisão de qual bem jurídico protegido pela Carta Magna deva prevalecer.

Este trabalho apresentará casos que apresentam conflitos de bens jurídicos de natureza penal e constitucional, discussões doutrinárias, leis e jurisprudência relativas ao tema abordado.

O sistema processual atual avançou bastante em vários aspectos, mas ainda não é raro encontrar situações em que por questões de não ser possível a admissão da prova considerada proibida deixou-se de se aplicar da melhor maneira a jurisdição.

Existe uma ampla discussão sobre o referido tema e é preciso buscar um novo olhar sobre esse assunto para que se possa alcançar o verdadeiro objetivo do direito constitucional que é resguardar bens jurídicos considerados importantíssimos para o povo brasileiro e entender que mesmo não estando de forma expressa a resolução do conflito de seus bens pode ser alcançada de forma harmônica.

2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Os direitos fundamentais estão classificados em cinco grupos, arrolados no art. 5º ao 17, no Título II, da Carta Magna de 1988. São eles: “direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade. Direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos”. (PAULO; ALEXANDRINO. 2012 p.42).

Os Direitos Individuais e coletivos encontram-se no artigo 5º., e se referem aos direitos fundamentais de primeira geração, chamados de liberdades negativas. São exemplos de direitos individuais: direito à vida e à liberdade (BRASIL. Constituição, 1988, art. 5º, caput). É exemplo de direito coletivo, o direito de reunião (BRASIL. Constituição, 1988, art. 5º, XVI).

“Os direitos sociais representam as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes” (PAULO; ALEXANDRINO. 2012, p.43). Além de estarem no artigo 6º da Constituição, são encontrados em outras partes da mesma Carta Magna, como no art.196, que diz respeito ao direito da saúde.

Os direitos políticos (CF, art.14) têm por finalidade a atuação da soberania popular, a participação na vida política do Estado e atribuição do exercício da cidadania.

A Carta Magna de 1988 é considerada um exemplo de Constituição Super-rígida, pois além de “possuir um processo legislativo diferenciado para a alteração de suas normas (rígida), excepcionalmente, algumas matérias apresentam - se como imutáveis: Cláusulas pétreas”. (MORAES apud LENZA. 2012, p.91).

A proteção dos Direitos e Garantias individuais como cláusula pétrea situam-se no inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Lei Maior:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - Os direitos e garantias individuais. (BRASIL. Constituição, 1988,art. 60)

As garantias constitucionais no amplo entendimento se referem à estabilização da eficácia e proteção da ordem constitucional contra elementos que

possam comprometer a sociedade, como por exemplo, as crises geradas no sistema político.

A Constituição prevê também, numa visão mais estrita, garantias que tenham por objetivo proteger direta ou indiretamente os direitos fundamentais subjetivos por meio de remédios aptos a combater a violação dos direitos fundamentais, como no caso Habeas Corpus, hábil para resolver constrangimento relativo a liberdade e Mandado de Segurança para casos em que não sejam observadas situações de direito líquido e certo.

Há ainda o ramo de garantias que confere proteção constitucional a algumas instituições reconhecidas como fundamentais pela sociedade, bem como a certos direitos fundamentais de caráter institucional.

Uma garantia constitucional é um meio de resguardar um direito e uma forma de tutela do exercício dos direitos fundamentais, e ao mesmo tempo, de proteção adequada às instituições existentes no Estado, dentro dos limites constitucionais.

No entanto, deve-se considerar que não há direitos ou garantias que possuam caráter absoluto na Constituição Federal. Os bens jurídicos protegidos constitucionalmente podem sofrer restrições por normas infraconstitucionais, devendo o legislador ordinário, obviamente, respeitar os diversos princípios pertencentes ao ordenamento jurídico tais como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e ainda a proibição de excesso.

Se a Constituição permitisse a proteção absoluta de alguns bens jurídicos seria provável o uso oportuno de tal proteção para justificar a violação de outro bem jurídico protegido constitucionalmente:

Não podem os direitos fundamentais ser utilizados como escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena da consagração do desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito. Assim, a liberdade de pensamento não será oponível ante a prática do crime de racismo; a garantia da inviolabilidade das correspondências não poderá ser invocada para acobertar determinada prática criminosa, e assim por diante (PAULO; ALEXANDRINO. 2012, p.40).

O Supremo tribunal Federal também já admitiu a alteração de matérias contidas no art. 60, § 4º, como no caso da reforma da previdência, no qual se admitiu a taxaço dos inativos, mitigando, assim, os direitos e garantias individuais (LENZA. 2012, p. 91).

Para toda regra existe exceção no direito. O fato de tanto a Suprema Corte quando a doutrina admitirem uma flexibilização de bens jurídicos protegidos pela Carta Magna não quer dizer que estamos diante de um sistema Constitucional instável, traz à tona a realidade de que o direito positivado não consegue prever todos os casos que ocorram conflitos bem como suas respectivas soluções. Um sistema jurídico que não admita remodelações nas suas normas demonstra a incapacidade de acompanhar as mudanças dos valores sociais que inevitavelmente ocorrem e essas mudanças conseqüentemente trazem situações em que os operadores do direito não entrarão a solução somente seguindo rigorosamente a literalidade da lei.

2.1 Direito à Vida

O direito à vida está expresso no caput do art. 5º da Carta Magna. Devido a sua grande importância, o direito individual à vida, faz surgir proteção a outros bens jurídicos mais básicos, pois, sem vida não há como exercer nenhum outro direito, já que a partir dele decorrem a proteção a outros bens jurídicos tal como o direito à integridade física e psíquica que por sua vez desdobra-se no direito à saúde, vedação da pena de morte e proibição do aborto. Esse bem jurídico também abrange o direito a uma vida minimamente digna, logo que, o direito em apreço abrange o da dignidade da pessoa humana (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p.47-48).

Pode-se dizer que “O direito à vida, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna” (LENZA, 2012, p.970).

O direito à vida não é só a questão de que não cabe a ninguém escolher quando termina a vida de outrem. Além do entendimento desse entendimento, é preciso se ter a consciência de que todos devem ter dignidade enquanto estiverem vivos. Manipular a vida de alguém com intuito de negar todos os aspectos presentes de dignidade é tão mesquinho como tirar a vida de um semelhante.

A importância da proteção desse bem jurídico implica o direito à existência:

O direito à existência consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte. Porque se assegura o Direito à vida e o Direito Penal pune todas as formas violentas do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até

mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação da própria (SILVA. 2005, p.47).

A Carta da República de 1988 cuidou em dar uma atenção especial ao bem jurídico, vida, atendendo assim a busca incansável pelos defensores da democracia e dos direitos humanos por sua ampla proteção.

A vida é um bem jurídico base praticamente universal, no entanto, ela não é considerado um direito *erga omnes*,

Em diversos lugares do mundo, a vida é mitigada em defesa de punições para crimes que violam outros bens jurídicos tais como o homicídio, estupro, tráfico de drogas. A pena de morte é uma realidade em vários lugares do mundo. No Brasil essa penalidade é vedada, podendo haver ressalva ao bem jurídico vida no caso de guerra declarada (BRASIL. Constituição, 1988, art. 5º XLVII, a).

Além disso, em determinadas ocasiões, é possível que a vida de alguém seja retirada, sem que resulte uma sanção oriunda do sistema jurídico, como o caso de um policial em operação trocar tiros com bandidos e entre os disparos o criminoso é atingido, vindo falecer, não comete crime o policial, por estar amparado pela exclusão de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal. Claro que as circunstâncias precisam ser apuradas para sanar eventuais dúvidas da ocorrência. No caso em que o cidadão sacrifica vida alheia em legítima defesa, sua ou de outrem, não comete crime por está resguardado pela legítima defesa ou impossibilidade de conduta diversa, que também são excludentes de ilicitude.

2.2 Direito à Liberdade

Liberdade é a situação na qual o indivíduo tem o sentimento de estar livre de limitações ou coação, desde que seu comportamento se enquadre na maneira lícita de agir, em conformidade com princípios morais e legais consagrados no interior da sociedade.

No tocante à liberdade humana, sabemos que todas as cartas políticas das diversas nações existentes no nosso planeta terra tiveram o cuidado de tratar deste tema com ponderação imprescindível ante a sua importância para o contexto de vida social.

O exercício do direito de liberdade é o que mais se compatibiliza com o Estado democrático de direito. Através da democracia, o homem tem a seu alcance melhores meios para buscar a sua felicidade pessoal.

Havendo ambiente democrático, existe maior porção de liberdade entre os homens, tanto que Silva destaca que: “Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem vai se libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquistada” (SILVA. 2005, p.234)

O direito à liberdade encontra-se estampado genericamente no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Devido a generalidade, a interpretação feita é a mais ampla possível, devendo a liberdade ser compreendida não somente como liberdade física de locomoção, inclui também a liberdade de crença, de convicções, de expressão de pensamento, de associação, de reunião, entre outros (PAULO; ALEXANDRINO. 2012, p. 48).

Entre as liberdades especificadas em seguida no artigo 5º da Carta Magna, situa-se um dos direitos que causam mais conflitos na sociedade: a liberdade de crença.

Não é difícil se deparar com situações em que esse direito se choque com outros bens jurídicos, como em casos de transfusão de sangue que envolva seguidores da crença de Testemunha de Jeová, ocorrendo conflito entre a liberdade de crença e vida. (LENZA. 2012, p.982-988).

Nesse caso específico o STF já decidiu que a vida se sobrepõe à liberdade de crença, no entanto reconhece o direito do religioso se negar a transfusão de sangue, cabendo ao médico o dever de realizar o procedimento mesmo contra a vontade dos religiosos, caso não o faça será responsabilizado por homicídio.

Outras situações polêmicas que envolvem a liberdade de crença é o conflito com a guarda Sabática, Crucifixos em repartições públicas, Casamento perante autoridades religiosas (LENZA. 2012, p.982-988).

Como forma de garantir o respeito ao direito da guarda sabática, o governo permite a realização de provas do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), que é realizado no sábado e no domingo, em outro dia distinto. Também é garantida a troca de horário em estabelecimento de ensino caso as aulas coincidam com dia ou horário que é reservado pelo religioso.

Para Pedro Lenza, “Dentro de uma ideia de bom-senso, prudência e razoabilidade, a Constituição assegura o direito a todos de aderir a qualquer crença religiosa, ou recusá-las, ou, ainda, de seguir qualquer corrente filosófica, ou de ser ateu...” (LENZA. 2012, p.987).

Indiscutivelmente à proteção jurídica ostentada pela liberdade, além de índole constitucional, se mostra a própria razão de existência do humano, o que valeria de se ter patrimônio, riquezas, conhecimento, amizades, família, quando não se pode ter a liberdade.

A liberdade na Constituição Federal não está garantida somente quanto à locomoção do indivíduo. Partindo da ideia da liberdade, a Carta Política protege outros bens jurídicos que requerem liberdade. É o caso da liberdade de expressão, liberdade de pensamento, liberdade de imprensa entre outros.

Importa salientar que essas diversas liberdades garantidas na Carta Magna também são objetos de conflitos, como é o caso de celebridades que são perseguidos por repórter ou paparazzo, fazendo surgir o conflito ente a preservação da intimidade em face da liberdade de imprensa.

2.3 Direito à Preservação da Intimidade e de Outros Valores da Personalidade

Sabemos que a composição de valores do homem, enquanto ser social, são preenchidos por diversos elementos, como a intimidade e outros integrantes ou componentes da personalidade, tanto que a nossa carta magna, afirma “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL. Constituição, 1988, art. 5º,X).

A indenização pode ser cumulativa, ou seja, dependendo da situação poderá ser reconhecido o direito à indenização pelo dano material e moral simultaneamente (PAULO; ALEXANDRINO. 2012, p.54).

De modo a abranger todos os elementos que podem estar implícitos em cada um dos conceitos, o nosso legislador constituinte preferiu resguardar tanto o direito à intimidade como o direito à vida privada (FREGADOLLI. 2010, p.9).

Nesta linha de raciocínio Luciana Fregadolli, afirma que “não há uma posição unânime a respeito da questão existente quanto à diferença entre a vida privada e a intimidade. Para alguns, a vida privada é gênero que inclui como núcleo central a

intimidade; assim, a intimidade seria a parte mais reservada da vida privada” (FREGADOLLI. 2010, p.9).

Em referência ao direito à intimidade, importante esclarecer que o mesmo materializa a esfera secreta do indivíduo. É o direito que garante ao indivíduo à liberdade pessoal de se manter isolado ou recolhido dentro do seu íntimo e da própria sociedade, o que importa concluir que a esfera íntima do ser humano deve ser um plano que não esteja exposto para outras pessoas, a fim de que fique preservada a sua individualidade.

O conceito de proteção à vida privada envolve a garantia de usufruir interesses não patrimoniais, de não temer ser investigado na vida que leva quando não se interage no meio social. É um direito no qual o indivíduo possa buscar a liberdade de fazer o que quiser nas horas livres, viver livre e em paz consigo mesmo e com sua família.

O Direito à intimidade, apesar de amplamente garantido pela constituição, não é ilimitado. Ele encontra-se sujeito a limitações que vão desde atuação legislativa a intervenção judiciária. Podendo ser encarada as limitações internas as dizem respeito aos limites estabelecidos pela lei, ao estabelecer o conteúdo do próprio direito. As limitações externas, por sua vez, resultam da necessidade de ponderação frente a determinados direitos com outras situações também protegidas. Essas interferências internas podem ser aplicadas pelo judiciário.

O direito à intimidade não pode ser considerado tão absoluto que em confronto com outros direitos não possa ser afastado. Esse bem jurídico pode bater de frente com outros que apresentem maior relevância sobre ele, pode surgir casos em que esteja em jogo a proteção da dignidade humana, ou a defesa do interesse público.

Entre as diversas limitações que pode sofrer o direito à intimidade, em conflito com outros bens jurídicos constitucionais, pode-se destacar a liberdade de informação e o interesse de produção judicial da verdade.

No tocante à inviolabilidade domiciliar, o texto constitucional dispõe, no art. 5º, inciso XI que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

A inviolabilidade não alcança somente a residência do indivíduo. Estende-se a lugares privados não abertos ao público como escritórios e consultórios profissionais, dependências privativas da empresa ou o quarto de hotel, motel (PAULO; ALEXANDRINO. 2012, p.55).

As comunicações também são bens jurídicos contemplados pela Constituição de 1998:

É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. (BRASIL. Constituição, 1988, art. 5º, XII).

O texto constitucional expressou que apenas seria possível a quebra do sigilo das comunicações telefônicas somente por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, na forma que a lei estabelecer, no entanto sobre os demais sigilos “O STF deixou assente ser possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que tais liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumentos de salvaguarda de práticas ilícitas.” (PAULO; ALEXANDRINO. 2012, p.56).

A interceptação telefônica difere da gravação clandestina: a primeira consiste na captação da conversa de dois indivíduos por um terceiro sem o conhecimento dos dois ou pelo menos com consentimento de um dos interlocutores, podendo ser pelo famoso “*grampo*” ou por meio de aparelho gravador utilizado por uma das partes. Na gravação clandestina ocorre quando um dos interlocutores grava a conversa sem o conhecimento do outro podendo ser a gravação telefônica ou não. Há ainda a escuta telefônica que acontece quando uma comunicação telefônica é captada por um terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores.

Com relação às demais formas de gravação e captação de sons, temos o ensinamento do Professor Luiz Flávio Gomes, sobre as Interceptações telefônicas, o qual é utilizado por vários autores na internet, assim classifica:

Interceptação telefônica ou interceptação em sentido estrito consiste na situação em que ocorre captação da comunicação telefônica alheia por um terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos comunicadores.

Quando ocorre a captação de comunicação telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos comunicadores estaremos diante de uma escuta

telefônica, por óbvio há desconhecimento do outro comunicador, somente um dos comunicadores sabe da interferência alheia.

Gravação telefônica ou gravação clandestina é a gravação da comunicação telefônica realizada por um dos interlocutores. Existe nesse caso a gravação da conversa, que, normalmente é feita por um dos comunicadores, sem o conhecimento e consentimento do outro.

Interceptação ambiental vem a ser captação de uma comunicação no próprio ambiente, por um terceiro, estando os comunicadores desconhecidos do fato.

Escuta ambiental significa captação de uma conversa, no ambiente dela, realizada por terceiro, com o conhecimento de um dos indivíduos.

A gravação telefônica tem sido admitida pela Suprema Corte como legítima desde que atendidas algumas exigências, tais como ser gravação de comunicação própria e não alheia, estar em jogo relevantes interesses e direitos da vítima como, por exemplo, nos crimes de extorsão. Assim, presentes essas circunstâncias a prova é aceita como válida (GOMES. 2001, p 2-3).

Vejamos o seguinte caso em que a jurisprudência teve aceitação favorável quanto à gravação clandestina:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. UTILIZAÇÃO DE GRAVAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA DE CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. Em processo que apure a suposta prática de crime sexual contra adolescente absolutamente incapaz, é admissível a utilização de prova extraída de gravação telefônica efetivada a pedido da genitora da vítima, em seu terminal telefônico, mesmo que solicitado auxílio técnico de detetive particular para a captação das conversas. Consoante dispõe o art. 3º, I, do CC, são absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, não podendo praticar ato algum por si, de modo que são representados por seus pais. Assim, é válido o consentimento do genitor para gravar as conversas do filho menor. De fato, a gravação da conversa, em situações como a ora em análise, não configura prova ilícita, visto que não ocorre, a rigor, uma interceptação da comunicação por terceiro, mas mera gravação, com auxílio técnico de terceiro, pelo proprietário do terminal telefônico, objetivando a proteção da liberdade sexual de absolutamente incapaz, seu filho, na perspectiva do poder familiar, vale dizer, do poder-dever de que são investidos os pais em relação aos filhos menores, de proteção e vigilância. A presente hipótese se assemelha, em verdade, à gravação de conversa telefônica feita com a autorização de um dos interlocutores, sem ciência do outro, quando há cometimento de crime por este último, situação já reconhecida como válida pelo STF (HC 75.338, Tribunal Pleno, DJ 25/9/1998). Destaque-se que a proteção integral à criança, em especial no que se refere às agressões sexuais, é preocupação constante de nosso Estado, constitucionalmente garantida em caráter prioritário (art. 227, *caput*, c/c o § 4º, da CF), e de instrumentos internacionais. Com efeito, preceitua o art. 34, "b", da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Resolução 44/25 da ONU, em 20/11/1989, e internalizada no ordenamento jurídico nacional mediante o DL 28/1990, *verbis*: "Os Estados-

partes se comprometem a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados-parte tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir: (...) b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais; (...)”. Assim, é inviável inquirir de ilicitude a prova assim obtida, prestigiando o direito à intimidade e privacidade do acusado em detrimento da própria liberdade sexual da vítima absolutamente incapaz e em face de toda uma política estatal de proteção à criança e ao adolescente, enquanto ser em desenvolvimento. REsp 1.026.605-ES, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 13/5/2014 (BRASIL, STJ. 2014, p 12)

Há a expressa ressalva sobre as comunicações telefônicas quando se tratar de investigação criminal e instrução processual penal na parte final do artigo 5º, XII:

Abrange-se aí a interceptação telefônica feita por terceiro, sem conhecimento dos dois interlocutores ou com o conhecimento de um deles. Não fica incluída a gravação de conversa por terceiro ou por um dos interlocutores à qual se aplica a regra genérica da proteção à intimidade e vida privada do inc. X do mesmo dispositivo constitucional. (FERNANDES, 2012, p.102)

O procedimento para a interceptação telefônica legal será seguido conforme o estabelecido na lei nº 9.296/96. Essa lei passou também, a regulamentar a interceptação do fluxo de comunicação em sistemas de informática e telemática, que é a combinação dos meios de comunicação com informática, email, fax e outros. (PAULO; ALEXANDRINO. 2012, p.56).

Já quanto às outras formas de comunicações (por cartas, telegrama ou de dados) ficou estabelecido, pelo menos aparentemente, o sigilo absoluto. Apesar de a Constituição não ressaltar alguma restrição ao sigilo dessas outras comunicações, deve-se registrar que não existe garantia absoluta em ordenamento constitucional algum. (CAPEZ. 2015, p.382)

Ainda, o próprio texto constitucional apresenta possibilidades de restrições e limitações da violação dessas comunicações, nos casos de Estado de Defesa e Estado de Sítio.

3 ADMISSÃO DA PROVA PROIBIDA

A prova proibida, vedada ou defesa, é que aquela que se utilizou de meio ilícito para ser produzida, contrariando assim, determinada norma. Tais provas não correspondem às exigências de validade exigidas pelo ordenamento jurídico. As exigências ou requisitos podem apresentar natureza material ou formal:

A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem. Já a ilicitude material delinea-se através da emissão de um ato antagônico ao direito pelo qual se consegue um dado probatório, como nas hipóteses de invasão domiciliar, violação do sigilo epistolar, constrangimento físico, psíquico ou moral a fim de obter confissão ou depoimento de testemunha, etc. (BULOS apud CAPEZ. 2015, p.370)

As provas proibidas no ordenamento jurídico brasileiro são diferenciadas em provas ilícitas e provas ilegítimas: A prova vedada será ilegítima quando a norma afrontada tiver natureza processual.

Na hipótese da prova vedada causar afronta à norma de direito material, será chamada de ilícita (CAPEZ. 2015, p.370)

Em regra as provas consideradas proibidas não podem ser usadas nem valoradas no processo. A proteção constitucional dos diversos bens jurídicos, principalmente a intimidade, traz à tona diversos confrontos, pois se por mais revelador que se possa ser o objeto probatório, a busca pelo *jus puniendi* não pode atropelar as proteções dadas a tais bens pelo ordenamento jurídico.

Busca-se a maior harmonia possível quando analisado tal conjunto normativo e se por um lado não existem garantias constitucionais absolutas, a inadmissibilidade das provas proibidas também não deve ser imutável, devendo ser flexível de forma proporcional para adequar o caso concreto à aplicação da justiça.

3.1 Proibição Constitucional

A vedação Constitucional à prova ilícita deve ser encarada como uma decorrência natural de um Estado Democrático de Direito que veio suceder um regime totalitário no qual houve inúmeras denúncias de abusos e violações do mais variados direitos.

Abusos da força estatal eram comuns, iam desde simples censura até torturas em interrogatórios, as prisões eram abusivas e os processos possuíam manipulações de provas a fim de condenar aqueles que eram contrários ao regime.

Como forma de tentar barrar qualquer possibilidade de intervenção estatal em áreas ligadas à dignidade do cidadão como a intimidade e a presunção de inocência, a Carta Política atribuiu proteção a diversos bens jurídicos que foram desrespeitados no período de exceção estando inclusos aí a proibição de provas que infrinjam direitos básicos do cidadão e estejam garantidos sua proteção Constitucional.

Na verdade, a Constituição Federal reflete outra tendência histórica, no sentido de buscar impedir a intromissão por parte do Estado na vida privada dos indivíduos, que atingiu seu ápice com os governos totalitários do pós-guerra.

Seguindo essa tendência, a Constituição de 1988, promulgada após abertura política, previu uma série de direitos e garantias invioláveis ao cidadão e ao estrangeiro, a maioria delas situadas no art. 5.º. Ela é a única Constituição brasileira que explicitou a matéria das provas ilícitas, proibindo a sua introdução no processo. Essa proibição radical reflete a tentativa de se evitar que voltassem a ocorrer os abusos da época da ditadura militar (COSTA. 2001, p 14).

O constituinte originário fez bem em realmente enfatizar a proibição de provas ilícitas no processo já que o Brasil ainda estava em um momento de recuperação político-social, sendo assim necessário demonstrar firmeza a garantias dos cidadãos.

A mesma Lei Maior também estabelece o princípio de devido processo legal. Neste princípio gravitam outras garantias constitucionais importantes, como o princípio da inafastabilidade de jurisdição (BRASIL. Constituição, 1988. 5º, XXXV), a plenitude do contraditório e da ampla defesa (BRASIL. Constituição, 1988, art. 5º, LV).

A combinação destes três postulados configura as garantias processuais do indivíduo nesse Estado Democrático de Direito.

O devido processo legal traz consigo também o princípio do juiz natural, a publicidade do processo, as decisões motivadas e, por fim, à admissibilidade apenas das provas lícitas no processo (PAULO; ALEXANDRINO. 2012, p.74).

É sempre importante ressaltar que num sistema jurídico não pode haver regras e princípios inflexíveis. A razão é o que diferencia o homem no planeta, desde os tempos em que se buscava a simples sobrevivência até os atuais dias das

sociedades modernas, o homem se utiliza da razão para equilibrar suas relações aplicando a proporcionalidade e a razoabilidade aos diversos fenômenos sociais, não sendo diferente com o devido processo legal, que tem seus fundamentos também nesses princípios:

O princípio do devido processo legal tem duas facetas: 1) formal e 2) material. O segundo encontra fundamento nos artigos 5.º, inciso LV, e 3.º, inciso I, da Constituição Federal. Do devido processo legal substancial ou material são extraídos os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (FERREIRA apud LENZA. 2012, p. 1027).

Todos esses princípios foram considerados pelo legislador originário na Constituição Pátria na busca do fiel cumprimento do devido processo legal.

A Carta da República estabelece no artigo 5º, inciso LVI que “São inadmissíveis, as provas obtidas por meio ilícito”, sendo tal preceito, um princípio constitucional cogente, mas de aplicação obrigatória mitigada pela jurisprudência da nossa maior corte de justiça.

A prova pode ser declarada inadmissível mesmo após ter sido inserida no processo, podendo ser declarada ilícita a qualquer tempo, mesmo se através dela decorrerem outras provas, que deverão por óbvio seguirem o mesmo destino de suas originárias: a exclusão processual.

O processo não será necessariamente invalidado com a simples presença da prova ilícita. Existindo provas autônomas que não foram produzidas através da prova ilícita, o processo continuará sendo feito, apenas havendo uma separação das provas lícitas das ilícitas nos autos. (PAULO; ALEXANDRINO. 2012, p.77).

Embora não esteja expressa na Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência, inclusive a Suprema Corte, tem se usado da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Conforme essa teoria, as provas derivadas das provas ilícitas estão contaminadas pela ilegalidade das provas de origem, que foi obtida através de meios estranhos ao Ordenamento Jurídico e em desconformidade com o Estado Democrático de Direito.

Essa classificação de provas ilícitas foi aplicada pela suprema corte norte-americana, com base na teoria dos "frutos da árvore envenenada" – *fruits of the poisonous tree*: De acordo com essa teoria o vício contido na planta se transmite a todos os seus frutos (LENZA. 2015, p 372).

Aqui, punem-se também as provas produzidas em decorrência, ou sob a influência das provas ilícitas, havendo uma contaminação processual.

Nessa linha, as provas, mesmo sendo lícitas, devem ser desmembradas no processo, por ter sido contaminada pela ilegalidade contida na prova primária.

Diante das garantias constitucionais pertinentes ao devido processo legal, a punição de diversos crimes torna-se um verdadeiro desafio, já que no momento em que se busca uma flexibilização de tais garantias surge os mais diversos emblemas, no decorrer do trabalho veremos que há uma grande aceitação de hipótese de admissibilidade de prova proibida em benefício do réu, o que não ocorre no caso quando se busca a mesma excepcionalidade em benefício do interesse social.

3.2 Proibição da norma processual penal

As provas ilícitas passaram a ser disciplinadas pela lei 11.690/2008, ou seja, a própria processualística penal, trouxe para a codificação, a proibição expressa da admissibilidade de valoração pelo juiz da prova ilícita.

O referido diploma legal alterou a redação do artigo 157 do código de processo penal, no entanto, a reforma processual não seguiu a doutrina e a jurisprudência já que não fez a distinção das provas ilícitas das ilegítimas, afirmando que a prova ilícita é tanto aquela que viola normas de direito material ou processual (CAPEZ. 2015, p. 371).

A forma de desconsideração da prova proibida no processo torna-se relativa conforme a violação se refira a norma material ou processual:

O caput do art. 157 define como provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, precipuamente as que definem as infrações penais. Não se pode abranger, aí, as normas processuais, pois, em relação a essas o regime é outro, de vez que, em caso de serem ofendidas, resolve-se pela declaração de nulidade, enquanto em caso de ilicitude na produção das provas deve ela ser desentranhada (FERNANDES. 2012, p.94)

A inadmissibilidade da prova ilícita por derivação, que tem como fundamento a teoria dos frutos da árvore envenenada, e é tratada no artigo 147, nos §§ 1º e 2º, que considera precipuamente o resguardo da pessoa humana e a unidade do ordenamento jurídico. Constituiria estímulo à violação de direitos fundamentais da pessoa humana se não houve tal proibição a esse tipo de prova (FERNANDES. 2012, p. 94-95).

Não é adequada a aplicação rígida sobre o tratamento da prova ilícita por derivação:

Já se aventou, por exemplo, possibilidade de pessoas ligadas a uma organização criminosa, até mesmo policiais, produzirem provas intencionalmente para intencionalmente uma prova ilícita para com isso, impedir-se o sucesso de investigação regular em andamento, pois o obtido nessa averiguação seria considerado ilícito em virtude da contaminação ocasionada pela prova ilicitamente forjada (FERNANDES. 2012, p.95).

Através da aplicação das teorias da *independent source* e da *inavetable discory*, no direito comparado, encontrou-se limitação à aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada. Tais limitações foram incorporadas ao direito brasileiro nos §§1º e 2º do artigo 157, necessitando de uma interpretação perigosa para que não ponha em risco a regra geral da inadmissibilidade das provas ilícitas. Para que se configure a primeira limitação, é necessário que fique explicitado o nexo de causalidade entre a prova ilícita e a derivada, pois, sem nexo não há contaminação de uma prova por outra. Na segunda limitação, ocorre o caso da fonte independente, ou seja, a prova é admissível quando derivada de outra fonte de investigação, uma fonte lícita. No entanto, o conceito de fonte independente contido no § 2º, foi bastante abrangente e aproximou-se mais da limitação da descoberta inevitável do direito norte-americano, podendo ocorrer o perigo de o juiz aceitar prova ilícita derivada, porque provavelmente a ela se chegaria por meio de investigação ou diligências habituais utilizadas, dando a falsa impressão de uma ocasião inevitável (FERNANDES, 2012, p.95-96).

Não será atribuída nenhuma eficácia jurídica a prova ilícita, o juiz deve atuar de ofício e não permitir a entrada dela no processo, aplicando o desentranhamento disposto no caput do artigo 157 do CPP, não cabendo a nulidade e sim a inadmissibilidade. A retirada dessas provas viciadas também pode ser requerida pelas partes. Caso a prova ilícita esteja presente no inquérito policial e a prova for fundamental para o oferecimento da denúncia, poderá a parte pleitear *habeas corpus* a declaração de ilicitude da prova: impedindo assim a denuncia pelo Ministério Público, já que sem a prova não iria conseguir acusar; obtendo desentranhamento da prova e o trancamento do inquérito policial. Não havendo a impetração deve o promotor requerer a declaração de ilicitude da prova, o seu desentranhamento e, em seguida, requerer o arquivamento, caso não haja outros elementos que sustente a persecução penal (FERNANDES, 2012, p.96-97).

Caso a prova seja obtida após a denúncia ou queixa, sua ilicitude poderá ser levantada a qualquer momento por petição ou alegações finais. Cabe *Habeas Corpus* na hipótese do não acolhimento da alegação. Persistindo a prova nos autos até a sentença, caberá às partes apresentar nas razões, como matéria preliminar em apelação, a questão da ilicitude. O tribunal, admitindo a ilicitude, poderá absolver o réu, caso a prova ilícita seja o fundamento para o julgado, mas, se mesmo excluindo a prova ilícita, ainda houver outros meios probatórios, poderá ocorrer somente a reforma da sentença.

Há ainda o caso da prova ilícita em favor do réu, que, segundo forte corrente, deverá a prova ser admitida, quando é um meio capaz de evitar uma condenação injusta. Nos processos do júri, o reflexo da prova ilícita se torna mais complexo, pois não há como saber o até a prova ilícita pode influenciar os jurados (FERNANDES, 2012, p. 97).

3.3 Livre convencimento motivado do juiz como possibilidade de admitir a prova proibida

Um sistema de avaliação de provas tem por finalidade classificar a relação entre o julgamento feito pelo magistrado e as provas produzidas no processo. Basicamente, existem três sistemas: Sistema da íntima convicção, sistema da prova tarifada e o sistema do livre convencimento motivado.

O sistema da íntima convicção possibilita que o magistrado analise a prova com ampla liberdade, com a finalidade de aplicar o direito objetivo, julgando ao final do processo de acordo com sua livre convicção, não estando obrigado a fundamentar sua conclusão.

O princípio em tela também conhecido como sistema da certeza moral do juiz ou da livre convicção.

Esse sistema está presente em nosso ordenamento, de forma excepcional, nas decisões proferidas pelo júri popular, nas quais o jurado dá o seu voto, condenando ou absolvendo o réu, sem necessidade de fundamentação (CAPEZ. 2015, p 408).

O sistema da prova tarifada possui uma forma de avaliação direta e objetiva: toda prova possui um valor preestabelecido, obrigando o magistrado a aplicar uma dosimetria às provas apresentadas, sendo assim, a sentença vai ser limitada a uma

soma aritmética do valor de cada prova, levando em conta sua ponderação. Esse método de apreciação tem haver com o sistema inquisitivo processual.

Desse sistema deriva o conceito da confissão como rainha das provas, sendo que nenhuma outra prova seria capaz de infirmá-la. Além disso, uma única testemunha jamais seria suficiente para a comprovação de uma afirmação acerca de fato que interessasse à solução da controvérsia posta em juízo (*testis unus, testis nullus* – uma só testemunha não tem valor). Tal regra autorizava uma conclusão absurda: a verdade dita por uma única testemunha não teria valor, na medida em que, de acordo com a lei, um depoimento isolado não tinha qualquer valor; pelo contrário, se uma mentira fosse contada por duas testemunhas acabaria prevalecendo (LIMA. 2016, p 831-832).

O sistema em apreço lembra a forma com era tratado os processos nas épocas em que não havia o devido processo legal. No entanto nem tudo ficou no passado, estando alguns resquícios desse sistema em nosso ordenamento jurídico.

Um exemplo de prova tarifada no código de processo penal brasileiro seria o do artigo 158, que afirma a indispensabilidade do exame do corpo de delito, e que a confissão do acusado não pode surpimí-lo. Constitui hipótese de prova tarifada, na medida em que a lei demanda a realização de exame de corpo de delito para a comprovação da materialidade em crimes que deixam vestígios (LIMA. 2016, p 832).

Ainda há outros casos de prova tarifada no referido diploma legal, mas obviamente que esse sistema, assim como o anterior, é aplicado de forma excepcional no código de processo penal, vigorando entre nós o sistema do livre convencimento motivado do juiz.

Nesse sistema, o magistrado possui ampla liberdade de valorar as provas presentes nos autos, contendo elas o mesmo valor, legal ou abstratamente, contudo, é necessário que o juiz fundamente a sua decisão.

Diferentemente dos outros dois sistemas brevemente abordados, existe a vantagem da discricionariedade do juiz no momento da valoração das provas, de forma isolada ou em conjunto, mas é necessário as provas estarem no processo, o que não é obrigatório no sistema da convicção íntima. Sendo assim, as provas não podem ser ilícitas ou ilegítimas (LIMA. 2016, p 833).

Assim, o magistrado poderá ter uma certa liberdade de avaliar as provas de que dispões e, seguindo as demais regras legais, estabelece a ligação existente entre as provas apresentadas e a aplicação da pena ou de absolvição, se for o caso. A obrigação de fundamentar a decisão dá mais segurança jurídica a esse sistemas pois, além de esclarecer às partes e a quem interessar, os fundamentos que

levaram o magistrado a tais conclusões, possibilita o exercício do duplo grau de jurisdição quando for a sentença examinada por Instância superior.

Esse sistema é o que aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo explicitado tanto na Constituição da República como na lei processual.

A Carta Política, oportunamente, no momento em que dispõe que os julgamentos serão públicos, salvo as exceções legais, afirma que todas as decisões serão fundamentadas (BRASIL. Constituição, 1988, art. 93, IX).

Já o código de processo penal observa-se a presença do sistema do livre convencimento motivado, exposto no artigo 158, com redação dada pela lei 11690/08:

o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL. Decreto-lei 3689, 1943, art. 158, caput)

Mais uma vez foi salientado o princípio do contraditório, ampla defesa e devido processo legal pois, o procedimento judicial é aquele que mais se distancia dos vícios que podem levar ao erro de um julgamento, evitando que se condene um inocente e o verdadeiro criminoso saia impune. Todas essas garantias processuais foi somada com a segurança do bom senso e da livre convencimento do magistrado, que deve extrair a sua decisão das provas colhidas, em regra, no processo judicial.

Conforme expõe Renato Brasileiro de Lima, o princípio do livre convencimento motivado gera os seguintes efeitos:

a) não há prova com valor absoluto: não há hierarquia de provas no processo penal, sendo que toda prova tem valor relativo. Mesmo a confissão, outrora conhecida como rainha das provas, tem valor relativo (CPP, art. 197). Essa liberdade de valoração da prova, todavia, não é absoluta, já que, por força da própria Constituição Federal (art. 93, IX), o magistrado é obrigado a fundamentar sua decisão, sendo inviável que se utilize de elementos estranhos ao processo criminal (LIMA. 2016, p 833);

As provas não possuem valor pré-estabelecido, como reza o sistema da prova tarifada. O caso concreto deve ser analisado como um todo e nenhuma prova pode ser desprezada e nem ser exclusiva. Todas irão servir para que juiz possa avaliar o conjunto probatório, que não pode incluir elementos extraprocessuais, e chegar a decisão mais adequada.

b) deve o magistrado valorar todas as provas produzidas no processo, mesmo que para refutá-las: de nada adianta assegurar às partes o direito à

prova se o juiz não considerá-la por ocasião da fundamentação da sentença. As partes possuem, portanto, o direito de verem apreciados seus argumentos e provas, direito este cuja observância deve ser aferido na (FERNANDES apud LIMA. 2016, p 833-834);

Para se chegar ao livre convencimento motivado, o juiz deverá explicitar na sua decisão os valores atribuídos a cada prova, mesmo aquelas que não forem aceitas por qualquer motivo que seja.

c) somente serão consideradas válidas as provas constantes do processo: não se pode emprestar validade aos conhecimentos privados do magistrado, sejam elas provas nominadas ou inominadas, típicas ou atípicas. Como visto no tópico pertinente à terminologia da prova, desde que lícitas, legítimas e moralmente válidas, é possível a utilização de meios de prova não previstos em lei (provas inominadas), assim como de meios de prova cujo procedimento probatório não esteja delimitado pela lei (provas atípicas), mas desde que tais provas estejam inseridas nos autos do processo (LIMA. 2016, p 834).

O livre convencimento motivado não pode ser misturado com a opinião do juiz. A imparcialidade do magistrado deve ser estar presente em todo o processo e uma forma de demonstrá-la é a análise probatória de elementos exclusivos do processo mesmo que não sejam discriminados na lei ou por ela limitados e ainda que estejam de acordo com o ordenamento jurídico, não apresentando vício legal ou moral.

A todos esses princípios abordados há outro, que quando somado com eles traz diversos benéficos para aplicação do direito, o princípio da proporcionalidade.

Esse princípio combinado com o livre convencimento motivado pode resultar na mitigação de outros princípios como o da vedação à prova ilícita:

A norma Constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisado à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela violada (FERNANDES. 2012, p 93)

O princípio da proporcionalidade é essencial para que se possa buscar o equilíbrio em um Estado Democrático de Direito, haja vista não ser possível a existência de garantias absolutas. O referido princípio será melhor analisado no capítulo seguinte.

Não há restrição também para que o princípio do livre convencimento motivado seja utilizado na resolução de casos que envolva conflitos de bens

jurídicos constitucionalmente protegidos, como no caso de conflitos de direitos fundamentais.

Na hipótese de conflito entre direitos fundamentais, o intérprete deverá realizar um juízo de ponderação, consideradas as características do caso concreto. Conforme as peculiaridades da situação concreta com que se depara o aplicador do Direito, um ou outro direito fundamental prevalecerá. É possível que, em um caso em que haja conflito entre os direitos “X” e “Y”, prevaleça a aplicação do direito “X” e, em outra ocasião, presentes outras características, a colisão dos mesmos direitos “X” e “Y” resolva-se pela prevalência do direito “Y” (PAULO ; ALEXANDRINO. 2012, p 42).

Quando os renomados autores falam em “juízo de ponderação” nos remetemos ao livre convencimento motivado do juiz, pelo qual é possível uma dose de discricionariedade na apreciação de provas e outros elementos para que se possa chegar a essa ponderação. Como os conflitos foram exemplificados de forma genérica, é perfeitamente possível uma situação que figure em um dos pólos do conflito a garantia da vedação à prova ilícita e a depender do caso, pode o magistrado, utilizando – se dos princípios do livre convencimento motivado e da proporcionalidade, abrir mão da vedação da prova de natureza ilícita para resguarda outro direito ou bem jurídico constitucional que esteja em risco no outro pólo da lide.

O juiz não pode ser apenas um componente totalmente inerte no processo. É reconhecido ao magistrado o poder instrutório, no qual faz uso quando age de ofício e busca através de outros meios, como os depoimentos, a verdade real, o qual deve ser o fim alcançado pelo Estado:

O processo moderno não pode negar os poderes instrutórios do juiz. Eles são vitais para bom o desempenho da atividade jurisdicional. Lembre-se de que, mais que um poder, a busca da verdade é um dever do magistrado de fato comprometido com o resultado justo do processo (COSTA. 2011, p 14)

Sendo assim, a liberdade facultada ao julgador para que analise as provas apresentadas, conforme o seu livre convencimento, sendo imprescindível a fundamentação dos motivos da sua decisão, deve resultar em um processo que esteja em harmonia com a proteção dos bens jurídicos fundamentais do ser humano.

4 A COLISÃO DOS BENS JURIDICAMENTE PROTEGIDOS NA CARTA MAGNA E A POSSIBILIDADE DA ADMISSÃO DA PROVA PROIBIDA

4.1 Princípio da proporcionalidade e razoabilidade

O princípio da proporcionalidade encontra-se presente em praticamente todos os ramos do direito. Ele representa uma conquista do cidadão perante o excesso do poder estatal.

Suas raízes remetem à ideias iluministas de que o poder de polícia, no plano do Direito Administrativo, só seria legítimo se fosse não executado com excesso de restrição a direitos individuais.

Principalmente após a segunda mundial, na Alemanha, essas ideias influíram na doutrina e na jurisprudência, fazendo surgir o princípio da proibição de excesso, sendo essa sistematização também aplicada nos julgamentos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (FERNANDES. 2012, p 58).

A partir de então a ideia de proporcionalidade começou a ganhar força, tornando-se princípio aplicado a diversas áreas jurídicas.

Em relação ao princípio da proporcionalidade, na doutrina encontra-se entendimento de que proporcionalidade e razoabilidade são um princípio só, já que a origem desse último se vincula ao devido processo legal. Há no entanto, outros que preferem diferenciá-los, inclusive quanto à origem: A razoabilidade tem raízes na jurisprudência alemã enquanto a proporcionalidade vem da jurisprudência inglesa. A estrutura da proporcionalidade é considerada completa enquanto a razoabilidade seria apenas uma relação entre meio e fins (FERNANDES. 2012, p 58-59).

Para fins práticos, a utilização dos dois princípios, seja considerado conjunta ou individualmente, traz benefícios jurídicos, quando se busca encontrar as soluções mais racionais para os conflitos oriundos do direito positivo.

A ideia de proporcionalidade se liga ao conceito de isonomia num Estado Democrático de Direito, por exemplo, a ideia de isonomia no nosso ordenamento jurídico é tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. É possível assim ver que é necessário a inserção de proporcionalidade para flexibilizar alguma relação jurídica ou social que necessita de uma compensação para que se possa

chegar a uma sociedade com isonomia, dessa forma, percebe-se a íntima ligação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da isonomia.

Para que seja possível a aplicação do princípio da proporcionalidade, é necessário que estejam presentes alguns pressupostos e requisitos. No plano formal, temos o pressuposto da legalidade, que deriva do princípio da legalidade, que é também estendido ao processo penal. Sendo assim, a restrição ao direito individual pode ser admitida se só estiver previsto em lei, elaborada constitucionalmente, apresentando imposição e interpretação restrita. No plano material, há o outro pressuposto, o da justificação teleológica, que tem como objetivo identificar a efetivação de valores relevantes do ordenamento constitucional (FERNANDES. 2012, p 60).

Considerando o avanço dos estudos e principalmente da idéia de que o poder deve ser exercido de forma limitada, são apontado três requisitos intínsecos que servem como base para uma mitigação aos direitos individuais: A necessidade, a adequação e a prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em colisão.

O requisito da adequação, ou da idoneidade, traz a ideia de que a norma seja adequada deve ela ser capaz de concretizar a finalidade por ela pretendida.

“Não será admitido ataque a um direito do indivíduo se o meio utilizado não se mostrar idôneo à consecução do resultado pretendido. Há portanto, uma relação de meio e fim” (FERNANDES. 2012, p 61).

Por esse motivo é que existe no direito penal uma certa variação para as penas dos diversos crimes ali previstos. Não podendo ser aplicado a pena privativa de liberdade de forma preventiva se ao final do processo for possível a aplicação de outra penalidade como a de restrição de direitos.

No requisito da necessidade, que também pode ser chamado de intervenção mínima, ocorre a necessidade de se avaliar entre as restrições de direitos, que podem ser aplicadas ao indivíduo:

Assim, entre as diversas opções, todas aptas a alcançar o fim, não é correto escolher aquela que imponha maiores restrições à obtenção do resultado, desprezando outras que também o atingiriam de forma menos danosa. Assim, se em, virtude da imputação, for possível demonstrar o fato por meio de prova menos gravosa, como um documento a ser requisitado a um órgão público ou a uma instituição financeira, ou uma testemunha presencial, não se justifica a determinação de uma busca domiciliar, de uma quebra de sigilo telefônico ou bancário (FERNANDES. 2012, p 62).

Conforme abordado pelo ilustre autor, o objetivo é evitar medidas desnecessárias para se alcançar o fim, já que o indivíduo terá uma restrição aplicada aos seus direitos, que seja restrição a menos grave possível.

O terceiro requisito, a prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em colisão, é a proporcionalidade em sentido estrito. Quanto a ele pode-se dizer que “ o meio, adequado e necessário para determinado fim é justificável se o valor por ele resguardado prepondera sobre o valor protegido a ser resguardado” (FERNANDES. 2012, p 62).

Aqui se faz o juízo de valor que definirá qual bem jurídico irá prevalecer, sem que ocorra perturbação do ordenamento legal. Pode-se dizer que quando um juiz aceita, por exemplo, uma filmagem clandestina de uma babá agredindo uma criança, é porque decidiu que o direito da proteção à criança deve prevalecer sobre o direito à não violação da intimidade da babá.

De forma resumida, o Ilustre Pedro Lenza, aponta o preenchimento dos três requisitos para aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade:

Necessidade: por alguns denominada exigibilidade, a adoção da medida que possa restringir direitos só se legitima se indispensável para o caso concreto e não se puder substituí-la por outra menos gravosa;
Adequação: também chamado de pertinência ou idoneidade, quer significar que o meio escolhido deve atingir o objetivo perquirido;
Proporcionalidade em sentido estrito: sendo a medida necessária e adequada, deve -se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição (LENZA.2012, p 159).

Apesar de não estar explicado na Constituição de 1988, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade está presente em muitos trechos da lei maior, sendo esse princípio decorrente do devido processo legal.

O princípio em tela pode ser encontrado nos seguintes dispositivos legais, conforme aponta Pedro Lenza:

Art. 2.º, VI, da Lei n. 9.784/99: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: VI — adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Art. 156 do CPP: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I — ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e

relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida” (LENZA; 2012, p 160).

Fica claro que o princípio da proporcionalidade e razoabilidade é uma peça importantíssima para que se possa garantir os direitos dos indivíduos frente a sua relação com o Estado, não obstante as relações entre os próprios particulares.

“Trata -se de princípio extremamente importante, especialmente na situação de colisão entre valores constitucionalizados”(LENZA. 2012, p 159). Além disso, esse princípio fortalece na prática o pressuposto que não existe, no ordenamento jurídico, direitos e garantias absolutas.

4.2 A colisão dos bens juridicamente protegidos na Constituição

No decorrer deste trabalho foi apresentado rol de bens jurídicos contemplados com a proteção pela Carta Magna, bem como, a possibilidade da ocorrência da colisão deles.

A colisão de bens jurídicos constitucionalmente protegidos surge quando no momento do gozo de tais direitos, por indivíduos distintos, os interesses passam a configurar em polos antagônicos, sendo necessária a restrição de um dos bens jurídicos, que será decido pelo operador de direito detentor da jurisdição que por óbvio resolverá a lide conforme as normas e princípios constitucionais.

É importante ressaltar que não há hierarquia de bens jurídicos constitucionalmente protegidos, deve-se ter a presunção de que eles possuem o mesmo valor, fortalecendo a ideia da unidade da Constituição.

Partindo da ideia de unidade da Constituição, os bens jurídicos constitucionalizados deverão coexistir de forma harmônica na hipótese de eventual conflito ou concorrência entre eles, buscando, assim, evitar o sacrifício (total) de um princípio em relação a outro em choque. O fundamento da ideia de concordância decorre da inexistência de hierarquia entre os princípios (LENZA. 2012, p 157).

As colisões existentes podem ser entre bens jurídicos constitucionalmente protegidos, entre direitos fundamentais ou ainda pode ser entre o primeiro e o segundo, no entanto o princípio da unidade da constituição e da existência prática deve ser aplicado a qualquer um desses conflitos, de acordo com a seguinte informação:

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens(CANOTILHO apud LENZA. 2012, p 157)

O entendimento sobre o princípio da unidade de Constituição e a necessidade da concordância prática entre os bens jurídicos deve ser combinado com o fato de que nenhum direito pode ser absoluto, permitindo a flexibilização de um ou de outro em eventual conflito.

Apesar do esforço de tentar harmonizar o gozo dos referidos bens jurídicos, nem toda situação será possível conquistar o pleno exercício dos interesses em conflito.

Em tais situações em que a harmonização se ostenta impossível, vê-se que a ponderação configura um trabalho cognitivo que, diante da colisão de interesses, decidirá qual deve se sobrepor e qual deve ceder. Provavelmente, seja exatamente aí que se encontra a grande questão da ponderação: de forma inevitável, ocorrerá descumprimento no todo ou em parte de alguma norma constitucional. Quando mais de uma norma da Lei Maior colide, infelizmente, terá o juiz que decidirá qual a que “tem menor valor” para ser restringida naquela lida real. (MARMELSTEIN. 2008, p. 394)

Para a resolução dos conflitos o operador do direito pode auxiliar-se do princípio da proporcionalidade onde verificará a necessidade da aplicação da restrição de um direito, analisando se não há outra medida menos gravosa, irá perceber se o meio é adequado à finalidade que se deseja chegar e após isso chegará a conclusão de qual interesse deva prevalecer.

Além da aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade há outro princípio que também pode ser utilizado no auxílio da resolução de conflitos de bens jurídicos, o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme explicitado na lição abaixo:

A colisão de direitos fundamentais, admitida como colisão de princípios, deve ser solucionada pela técnica da ponderação. A ponderação requer justificação e a argumentação jurídica racional sempre se colocará como elemento indispensável para conferir legitimidade à decisão. A dignidade humana deve constituir não só base metodológica da interpretação constitucional geral, mas, sobretudo, deve compor o conteúdo material da

ponderação. A adoção da dignidade humana como parâmetro material da ponderação não somente promove a sua proteção como mitiga o voluntarismo a que poderia se prestar referida técnica destituída de critério material.

Na ponderação entre direitos fundamentais colidentes, deve prevalecer a norma (princípio ou regra) que melhor concretize a dignidade humana. Mesmo no conflito de regras, deve se recorrer ao princípio que a inspirou, devendo prevalecer o da dignidade humana acaso incidente, sendo prioritária a sua concretização. E concretizar a dignidade humana significa atribuir e promover direitos fundamentais, assegurando, concomitantemente, as condições materiais para o pleno e digno desenvolvimento do homem (SAES. 2011, p 9).

A dignidade da pessoa humana foi um dos temas mais importantes do século XX, após tantas crises humanitárias durante e após as guerras, garantir o mínimo de dignidade ao ser humano foi questão prioritária na maioria dos ordenamentos legais no mundo. É justo que na hora de resolver conflito entre bens juridicamente protegidos pela Carta Maior, deve haver atenção especial para aquele interesse onde esteja a dignidade da pessoa sendo mais ferida.

4.3 Da possibilidade legal ou não da admissão da prova proibida.

Como já foi salientado, o texto constitucional veda expressamente a utilização de provas proibidas no processo. Trata-se de uma ampla discussão sobre a possibilidade legal de se admitir a prova proibida nos conteúdos processuais.

Estudiosos demonstram suas preocupações com esse tema já que apresenta interferência nas relações jurídicas entre os cidadãos e entre estes e o Estado:

O assunto é delicado porque lida com a antinomia existente entre os direitos individuais e as liberdades públicas, sempre se buscando chegar a uma solução satisfatória que permita traçar limites ao poder do Estado que, durante a atividade persecutória, não poucas vezes atentou contra os direitos fundamentais dos indivíduos (COSTA. 2001 p, 1).

A Constituição da República foi promulgada após o período militar, não raro quem era oposto ao regime era vítima de perseguição tendo vários de seus direitos e bens jurídicos violados, tudo em nome da segurança nacional. De certo, tais situações influenciaram o legislador originário a conferir proteção constitucional a direitos que foram ignorados nesse período, entre eles a inadmissibilidade de provas ilícitas.

Comum eram as queixas de no período militar de que os juízes aceitavam provas viciadas, como casos de confissão sob tortura ou ainda provas por óbvias

forjadas, que teria como finalidade a prisão de meros suspeitos. Ainda era possível situações em que certo opositor do regime tinha a prova da sua inocência considerada ilícita e não havia oportunidade de flexibilização de admissibilidade da prova para beneficiar o acusado.

O regime democrático foi implementado e com ele veio o objetivo de por fim a abusos e constrangimentos sofridos no regime anterior, entre vários bens jurídicos a Constituição consagrou a impossibilidade do uso de provas ilícitas no processo judicial.

No entanto, como se deve levar em consideração que existe entendimento consolidado de que no sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito não existe garantias absolutas e, considerando ainda a adoção de princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, assim como o livre convencimento motivado, pode-se chegar a situações em que a prova, em princípio proibida, seria admitida em casos excepcionais.

Os casos de admissão de prova proibida são encarados em dois lados: admissibilidade da prova ilícita pró-réu e admissibilidade da prova ilícita pró-sociedade.

“A rigor, doutrina e jurisprudência têm admitido a possibilidade de utilização de prova ilícita no processo quando ela for produzida em benefício do acusado. E isso por conta do princípio da proporcionalidade” (LIMA, 2016, p 862).

O princípio da proporcionalidade nesse caso faz surgir excessão à questão da admissibilidade da prova. Pode-se muito bem aliar esse entendimento com outros princípios como o *indubio pro reo*. O que importa é que se observa que o princípio da proporcionalidade e razoabilidade age seguindo os seus requisitos que são adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, chegando a conclusão de que não seria justo condenar um inocente apenas porque sua prova fora produzida por meios ilícitos.

Quanto à utilização da prova ilícita em favor da sociedade não há um consenso comum, predominando ainda um clima de incertezas.

Essa admissibilidade da prova ilícita *pro societate* somente seria possível em situações extremas, sob pena de se conferir ao Estado legitimidade ampla e irrestrita para violar direitos fundamentais, tornando letra morta o preceito constitucional que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos(LIMA, 2016, p 864)

Como forma de defender a aplicação do princípio da proporcionalidade na admissibilidade das provas Antônio Scarance Fernandes exemplifica:

Em determinado caso, para impedir fuga de presos considerados perigosos de estabelecimento penitenciário, violou-se a correspondência desses presos, descobrindo-se que, no plano de fuga, constava o plano de sequestrar um juiz de direito, quando todos estivessem reunidos em audiência em determinada comarca do Estado de São Paulo. Como a violação da correspondência é vedada pela Constituição Federal, a aplicação rigorosa da norma constitucional impediria o uso, como prova, das cartas interceptadas, pois obtidas por meio ilícito consistente em afronta à referida vedação constitucional.

Em outra situação, o réu obteve prova ilícita mediante interceptação telefônica não autorizada, em contradição, portanto à Constituição Federal e a Lei 9.296/96, mas era o único meio de que dispunha para provar a sua inocência (FERNANDES. 2012, p 92).

De fato esses exemplos, traz à tona reflexões de que não pode haver uma aplicação rigora quanto à proibição Constitucional das provas viciadas, caso contrário outros bens jurídicos como a vida, a segurança e a dignidade ficariam totalmente desprotegidos.

Na primeira hipótese, a proteção à vida do juiz e à segurança do presídio caberiam como fundamento para as violações das correspondências dos presos. Caso na segunda situação o acusado fosse condenado somente por ter demonstrado a sua inocência por meio de uma única prova obtida de forma ilícita, configuraria uma situação inaceitável (FERNANDES. 2012, p, 92)

As situações bem colocadas pelo autor mostram os conflitos de bens jurídicos protegidos pela Constituição e a óbvia necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade no processo de ponderação dos direitos colidentes o que de certo resultará na escolha do bem jurídico que mereça a tutela jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

São reconhecidos como bens juridicamente protegidos pela Constituição, os direitos ou que foram contemplados no texto da Carta Magna. Uma grande parte encontra-se no Título referente aos Direitos Fundamentais, onde consta as garantias do gozo de importantes bens jurídicos como a liberdade, a vida, o patrimônio, a intimidade, entre outros. A Constituição dá proteção a esses bens jurídicos frente aos demais indivíduos e ao Estado.

Todavia, não é rara a ocorrência de colisão desses direitos disponíveis a todos os cidadãos. Pode ocorrer o conflito de direitos como a intimidade e a vida, ou o patrimônio e a integridade física. Surge então a colisão de bens juridicamente protegidos pela Lei Maior.

Para dirimir esses conflitos o operador do direito terá que utilizar de métodos que primeiramente tente conciliar o gozo desses direitos em conflito já que na Carta Magna não existe hierarquia de Direitos. O intermediador do conflito terá que procurar seguir o princípio da concordância prática para evitar que certo direito se sobreponha totalmente ao outro.

Ocorre que nem sempre será possível conseguir essa harmonia Constitucional, ou seja, a depender do caso em análise, determinado bem jurídico pode sofrer mitigação frente a outro. Isso se dá em consequência de que em um Estado Democrático de Direito não pode existir garantias irrestritas. Sendo assim, conforme o caso concreto o magistrado, valendo-se de diversos princípios disponíveis no ordenamento jurídico, em especial o da proporcionalidade e o da razoabilidade, fará um juízo de ponderação para que se possa chegar a conclusão de qual bem jurídico deverá permanecer.

Não se trata de um procedimento simples já que ambos os bens jurídicos em colisão são cobertos pelo manto da proteção Constitucional, para isso o juiz utiliza-se de diversos meios para auxiliar na cognição de seu juízo de valor. Um importante instrumento, é o princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz, que é o sistema de apreciação de provas majoritário em nosso sistema normativo.

Os valores Constitucionais objetos de colisão com o qual o magistrado tenha que balancear apresentam muitas vezes grandes polêmicas, não havendo fórmula específica que seja capaz de mensurar se tal direito merece proteção e o outro não.

A grande questão é saber se valores como a vida quando colide com outro, o direito a preservação da intimidade, por exemplo, devem se prevalecer, haja vista que a vida é considerado o bem mais valioso.

A vedação à prova ilícita também constitui bem juridicamente protegido constitucionalmente pois, a Carta Magna dá como garantia a admissão somente de provas lícitas nos processos, como também garante que provas que decorram das provas ilícitas sejam afastadas do processo, seguindo a jurisprudência americana da teoria dos frutos da árvore envenada, na qual o vício contido na planta é transmissível aos frutos, aplicando o mesmo entendimento no caso de provas, mesmo que seja lícitas, quando derivadas de outras provas ou meios ilícitos, devem ser desconsideradas e afastadas do processo pois, foram contaminadas pela ilicitude das outras provas ou atos nos quais lhe deram origem.

No entanto, diante de situações em que há fortes indícios de que outros bens essenciais como a vida esteja sendo desrespeitado discute se é possível a utilização de prova ilícita para proteger esse bem.

Como já dito antes, o princípio do livre convencimento motivado permite que o magistrado aprecie livremente, desde que expresse os motivos, as provas apresentadas, e obviamente faz uso desse princípio na ocasião que esteja presente na lide conflito de bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

Como o livre convencimento motivado só permite a análise de provas lícitas, é preciso que ele seja combinado com o princípio da proporcionalidade e razoabilidade para que se possa buscar uma flexibilização da norma restritiva probatória.

O princípio da proporcionalidade e da razoabilidade deve ser usado em situação que envolva colisão de normas e bens constitucionais. A aplicação do princípio deve seguir requisitos para haja o correto procedimento na ponderação dos valores, já que provavelmente um dos valores será mitigado pelo princípio em comento.

Vejamos como são aplicados os requisitos da aplicação da proporcionalidade na ocasião hipotética exposta na última seção do capítulo 3: para se chegar a veracidade do plano de fuga dos detentos, bem como o sequestro do juiz, foi necessária a interceptação das correspondências dos mesmos, não havendo outro meio menos danoso (aqui temos o requisito da necessidade); a restrição do direito à inviolabilidade de correspondência mostrou-se como meio adequado de se

proteger outros bens protegidos pela constituição como a liberdade e a vida do juiz e outros demais envolvidos (temos preenchido o requisito da adequação); o requisito da proporcionalidade em sentido estrito é preenchido no momento em que se analisa se o direito da inviolabilidade e da intimidade dos envolvidos na comunicação por cartas deve ser mitigado frente ao direito de liberdade do juiz como também ser restringido devido ao iminente risco da desordem na segurança pública. Por óbvia a resposta para solução do conflito desses bens jurídicos protegidos pela Constituição seria a aceitação das provas que violaram a regra de vedação às provas obtidas por meios não lícitos.

Apesar da possibilidade da prova ilícita ser admitida no processo não quer dizer que ela será tida como ilícita no decorrer do feito. Seria absurdo concluir que um Estado Democrático de Direito que preze pelas suas conquistas e sua legalidade admitisse na resolução conflitos de bens jurídicos, protegidos constitucionalmente, a utilização de meios evadidos de vícios que ferem os princípios legais do direito.

Por estar a prova contaminada pelos mais diversos fatores ilícitos, será ela submetida a análise de admissibilidade quando houver a tentativa de sua inserção no processo, sendo ela considerada imprescritível para a formação do juízo de valor no momento da ponderação dos direitos em conflitos, será ela admitida e passará a não ser mais considerada ilícitas, ou seja, o judiciário, seria uma espécie de “filtro”, excluindo dessa forma as impurezas jurídicas que existia na prova, deixando-a coberta pelo manto da legalidade, podendo assim concluir o procedimento seguindo os parâmetros legais.

A questão da aceitação de uma prova apontada como ilícita por uma das partes no processo pode ter como fundamento a ponderação de valores constitucionais em conflitos, podendo perfeitamente ser mitigada a vedação constitucional referente às provas desde que em posição de colisão de bens juridicamente protegidos pela Constituição.

A legislação e a jurisprudência brasileira ainda devem amadurecer mais quanto a possibilidade de analisar provas em princípio proibidas, a doutrina é que vem mostrando a necessidade de se fazer uso do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para a resolução de conflitos de diversas natureza inclusive aqueles em que haja bens, diretos ou interesses protegidos pela Carta Magna.

É necessário uma melhor positivação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade para que na ocorrência de colisão de valores de extrema impotência consagrados pela nossa Constituição possam ser resolvidos da melhor forma possível, abrangendo a devida compatibilidade com o nosso Estado Democrático de Direito, e, que a sensação de justiça convença não somente aqueles que sejam juridicamente entendidos mas também os indivíduos ditos leigos em muitos aspectos mas que também são detentores dos mais diversos bens jurídicos protegidos na nossa Constituição.

Enquanto ainda não surge essa positivação ou uma posição unânime na doutrina, deve-se deixar de lado o pensamento absurdo que a prova ilícita possa ser inserida na dinâmica processual e desenvolver a ideia de que o que deve ocorrer é o exame de legalidade das provas que se pretendem inserir no processo pois, um procedimento judicial que trate de uma colisão de bens jurídicos, que são igualmente protegidos pela Lei Maior, onde imperam os maiores valores legais não pode coexistir junto a elementos manchados pelo descumprimento da ordem legal, ou seja se a prova é rejeitada é considerada ilícita, portanto afastada do processo e se aceita é considerada dentro dos parâmetros legais do ordenamento jurídico estando apta a ser ponderada na resolução dos conflitos dos mais imprescindíveis direitos da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição, 1998. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09/09/2016.

BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 10/10/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.026.605-ES. Direito processual penal. Utilização de gravação telefônica como prova de crime contra a liberdade sexual. **Informativo Nº: 0543**. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 13/5/2014. Disponível em <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf>. Acesso em 26.11.2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22ª Edição, São Paulo. Saraiva. 2015.

COSTA, Susana Henriques da. Os Poderes do Juiz na Admissibilidade das Provas ilícitas. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. vol. 4, p. 1135 – 1174. Out /2011. DTR\2006\187. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 23/10/2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2012.

FREGADOLLI, Luciana. O Direito à Intimidade. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**. Vol. 3, p 443-514. Out/2010. DTR\1997\173. Disponível em <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 03/10/2016.

GOMES, Rede de Ensino Luiz Flavio. O Pleno do STF se manifesta sobre a admissibilidade da gravação ambiental como prova. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2023759/o-pleno-do-stf-se-manifesta-sobre-a-admissibilidade-da-gravacao-ambiental-como-prova-info-568?ref=amp>>. Acesso em 27/11/2016

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª edição. São Paulo-SP. Editora Saraiva, 02 de fevereiro de 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª Edição. Salvador. Editora Juspodivm. 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Resumo de Direito Constitucional Descomplicado**. 6ª edição. São Paulo. Método. 2012

SAES, Waldimara Pereira dos Santos. Princípio da dignidade humana como critério material de ponderação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. RDCI 76/115. 2011. Disponível em <<http://www.revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 28/10/2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª Edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2005.