

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

LUCIANO SANTOS LOPES

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Luciano Santos Lopes, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini, Nestor
Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-127-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo penal. 3.
Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25.
: 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste CONPEDI de Belo Horizonte houve uma diferente estratégia de discussão, tomando-se como parâmetro os encontros passados. Houve uma cisão entre os Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, em razão da grande quantidade de trabalhos apresentados.

Assim, o presente Grupo de Trabalho tratou de enfrentar apenas as questões atinentes ao Processo Penal, sempre à luz da referência constitucional.

Foram 25 artigos aprovados inicialmente. Contudo, apenas 21 deles foram efetivamente apresentados em 13 de novembro de 2015. São apenas estes que compõem, portanto, o presente livro.

Coordenaram os trabalhos o Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR); o Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA); e o Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. E o resultado foi muito interessante, frise-se.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados, então, seguiu a seguinte ordem: teoria geral do processo; sistemas processuais; princípios e regras no processo penal; aplicação de princípios constitucionais ao processo penal; a questão da justiça militar; investigação criminal e produção de provas no processo penal; questões ligadas à aplicação de pena e à execução penal; questões ligadas à ritualística do processo e de seus vários modelos procedimentais especiais.

A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal. E isto ocorreu sob os mais variados aspectos teóricos. Certo é que, entre convergências e divergências, esta constante preocupação existiu à unanimidade, pode-se afirmar.

Percebeu-se uma preocupação ímpar com a localização do argumento constitucional na legitimação do processo penal, sempre tomando como referência o Estado Democrático de Direito. E, pensa-se, não poderia ser diferente.

Uma primeira preocupação que surgiu nos debates foi a da definição da finalidade do processo penal. Discutiu-se muito acerca da adoção, ou afastamento, da teoria instrumentalista. Foi colocada ao debate, em contraponto à tradicional teoria antes anunciada, a concepção do processo como garantia. Por evidente, tal discussão não tinha como finalidade a adoção definitiva, para o Grupo de Trabalho, de uma destas teorias. O espaço de debate serviu apenas para a reflexão de que modelos contrapostos podem (e devem) ser apresentados ao operador do Direito. Isto, porque as definições de estratégias argumentativas serão inócuas enquanto não se entender, primeiramente, qual a finalidade do processo.

Discutiu-se muito, também, o papel dos atores processuais (Magistrado, Ministério Público, Advogados, Acusados, Vítimas, etc.). Trata-se de outra premissa relevante ao extremo, necessária para situar cada um destes operadores jurídicos no espaço processual. Tal questão também faz parte, portanto, da construção do argumento legitimador da intervenção punitiva.

Uma interessante constatação: a temática da principiologia foi recorrente em cada uma das abordagens realizadas. Isto revela, pensa-se, a preocupação que o Grupo de Trabalho teve com a perfeita colocação da Teoria Geral do Direito no debate, com um certo papel de protagonismo (junto com a Hermenêutica Constitucional).

A partir destas definições gerais, e fundamentais, pôde-se ingressar nas discussões sobre provas e sistemas de investigação. São temas de alta importância na construção do modelo constitucional de processo penal. Outra curiosa constatação foi a de que a Justiça Militar, normalmente muito esquecida nos debates acadêmicos, veio para o centro das discussões em algumas oportunidades neste GT.

Certo é que a premissa constitucional deve ser capaz de fundamentar o exercício do papel punitivo estatal, sem deixar de considerar o igual protagonismo da tutela das liberdades individuais. Este equilíbrio se faz necessário (pode-se afirmar, mais: é fundamental) e é fruto de um compromisso axiológico decorrente exatamente dos valores impressos no texto constitucional.

Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica

garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construir um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos.

Em resumo, estas foram as principais questões (e impressões) que do GT de Processo Penal e Constituição surgiram.

Belo Horizonte, novembro de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza - UNIFOR);

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA);

Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos - FDMC).

PROVAS LÍCITAS NÃO REPETÍVEIS, AUTORIZADAS POR DECISÕES COM DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO: NULIDADE E INADMISSIBILIDADE DA PROVA, NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, E O NECESSÁRIO EMPREGO DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO.

PRUEBAS LÍCITAS NO REPETIBLES, AUTORIZADAS POR DECISIONES CON FUNDAMENTACIÓN PRECARIA: NULIDAD E INADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA, EN LAS INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS, Y EL NECESARIO EMPLEO DE LA TÉCNICA DE PONDERACIÓN.

**Eliezer Gomes Da Silva
Gilberto Giacoia**

Resumo

A tormentosa questão do sistema de nulidades no processo penal e suas variantes inspiram esta ligeira reflexão tópica, fazendo-se, aqui, o recorte das consequências da declaração de nulidade, como tem sido reconhecida pelos Tribunais, por deficiência de fundamentação das decisões judiciais que autorizam a prova penal. Aborda, especificamente, a questão das provas oriundas de interceptação telefônica judicialmente autorizada, produzidas sob o manto da decisão anulada. Na primeira parte, o artigo chama a atenção para a necessidade de ser reavivada a antiga distinção, na doutrina processual brasileira, entre provas ilícitas e provas ilegítimas e, ao mesmo tempo, para a importância de se reconhecer a peculiaridade de hipóteses em que se revela materialmente impossível a repetição da prova derivada do ato inquinado de nulo, de modo a ser considerada, conforme o caso, eventual convalidação. Na segunda parte, o artigo demonstra que o aparente conflito normativo (entre o regime da inadmissibilidade da prova ilícita e o regime de nulidades das decisões com deficiência de fundamentação, em contexto fático-probatório insuscetível de aplicação da regra da repetição) poderia, segundo se propõe, ser enfrentado à luz de um método universal de aplicação do direito, qual seja o da ponderação. Por fim, o artigo sugere dois enunciados passíveis de orientar a consistente e sistemática solução de casos análogos.

Palavras-chave: Prova ilícita, Interceptação telefônica, Nulidade, Admissibilidade, Ponderação, Prova repetível

Abstract/Resumen/Résumé

La turbulenta cuestión del sistema de nulidades en el proceso penal, y sus variantes, inspira esta leve reflexión tópica, recortándose aquí las consecuencias de la declaración de nulidad, como ha sido reconocida por los Tribunales, por deficiencia de fundamentación de las decisiones judiciales que autorizan la prueba penal. Aborda, específicamente, la cuestión de las pruebas originadas en la interceptación telefónica judicialmente autorizada producidas bajo el manto de la decisión anulada. En la primera parte, el artículo destaca la necesidad de que se reavive la antigua distinción, en la doctrina procesal brasileña, entre pruebas ilícitas y

pruebas ilegítimas y, al mismo tiempo, la importancia de que se reconozca la peculiaridad de hipótesis en que se manifiesta materialmente imposible la repetición de la prueba derivada del acto impugnado de nulo, de manera que sea considerada, según sea el caso, una eventual convalidación. En la segunda parte, el artículo demuestra que el aparente conflicto normativo (entre el régimen de la inadmisibilidad de la prueba ilícita y el régimen de nulidades de las decisiones con deficiencia de fundamentación, en contexto fáctico-probatorio no susceptible de aplicación de la regla de la repetición) podría, según se propone, ser enfrentado a la luz de un método universal de aplicación del derecho, es decir el de la ponderación. Por último, el artículo sugiere dos enunciados posibles de orientar la consistente y sistemática solución de casos análogos.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Prueba ilícita, Interceptación telefónica, Nulidad, Admisibilidad, Ponderación, Prueba repetible

Introdução

O presente artigo discute tema processual que reclama necessária integração normativa entre preceitos constitucionais e infraconstitucionais. Trata dos efeitos do reconhecimento da nulidade de uma decisão cautelar, por deficiência de fundamentação, sobre provas insuscetíveis de repetição. É o que ocorre, por exemplo, nas provas oriundas de interceptação telefônica judicialmente autorizada, produzidas sob o manto da impugnada decisão.

Tendo em vista a escassez doutrinária sobre o tema, ao que se vêm somando decisões recentes de Tribunais que tendem a declarar ilícitas as provas obtidas em tais circunstâncias, ainda que (afora a deficiência formal de fundamentação) houvesse justa causa para que fosse autorizada sua produção, o texto articula-se em dois eixos argumentativos.

Inicialmente, chama a atenção para a necessidade de ser reavivada a antiga distinção, na doutrina processual brasileira, entre “provas ilícitas” e “provas ilegítimas”, de forma a evitar a confusão entre o regime de nulidades (a que estão sujeitas as decisões insuficientemente fundamentadas) e o regime de inadmissibilidade das provas materialmente ilícitas.

A partir dessa premissa, sustenta a tese de que, sendo a nulidade (e não a inadmissibilidade) uma consequência prevista, na Constituição e na legislação processual, do reconhecimento da deficiência de fundamentação das decisões judiciais, e se revelando materialmente impossível a repetição do ato inquinado de nulo (e os atos e provas dele derivados) – como ocorre com o conteúdo de gravações obtidas por interceptação telefônicas – não caberia à instância judicial revisora automaticamente considerar ilícita a prova produzida, pelo simples reconhecimento da nulidade da decisão que a autorizou.

Sustenta-se ao longo do artigo que, em tal hipótese, caberia ao Tribunal, na mesma ocasião em que reconhecer a nulidade formal da decisão, verificar se efetivamente existia justa causa para o deferimento da medida, independentemente do vício em sua motivação. Seja para decretar a imprestabilidade da prova, por entender derivada de uma decisão judicial que, ainda que bem fundamentada, não poderia ter sido lançada. Seja para eventualmente suprir a deficiência formal de fundamentação da decisão e declarar a validade da prova amealhada.

Na segunda seção, o artigo demonstra que a solução proposta para o aparente conflito normativo (entre o regime da inadmissibilidade da prova ilícita e o regime de nulidades das decisões mal fundamentadas, em contexto fático-probatório insuscetível de

aplicação da regra da repetição do ato considerado nulo – hipótese do conteúdo obtido por interceptação telefônica), revela-se como plenamente justificável à luz de um método universal de aplicação e interpretação do direito, o da *ponderação*, nos moldes da generalizável formulação proposta por Ana Paula de Barcellos (2005).

1. Necessária distinção entre a inadmissibilidade da prova ilícita e a eventual nulidade da decisão cautelar que autoriza a produção da prova não repetível.

Marcadas pelo contexto da urgência, as decisões sobre pedidos de interceptação telefônica, ao contrário das decisões sobre o mérito da causa, não se permitem a uma exaustivamente analítica fundamentação quanto à pertinência do pedido. Sensível a esta circunstância, a própria Lei nº 9296/96, em seu artigo 4º, § 1º, assevera que “excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação”, fixando, no § 2º, que “o juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido”. Também tendo em mente o contexto de urgência em que normalmente ocorrem os pedidos de interceptação telefônica, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgados, tem reiteradamente admitido como suficiente até mesmo a denominada “fundamentação *per relationem*”, com o aproveitamento da remissão sucinta a fundamentos trazidos pelos próprios requerentes.

Citemos alguns destes precedentes do STF, a título meramente exemplificativo:

(...) Decisão que se reporta aos fundamentos que deram suporte ao parecer do Ministério Público – *Motivação “per relationem”* – Legitimidade constitucional desta técnica de motivação – Fundamentação válida – Recurso de Agravo improvido [HC 120366 AGREG no HC 120366/RS, 2ª Turma do STF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 26/08/2014, publicado no DJe de 09/09/2014. Grifamos]

(...) 4. Gravidade dos delitos supostamente cometidos pela organização e complexidade do esquema que envolve agentes públicos e políticos salientam a dificuldade de colher provas tradicionais. Pedido de interceptação baseado em relatório da Polícia Federal que demonstra o envolvimento do paciente. 5. *Motivação per relationem*. 6. Ordem denegada. [HC 11882/BA, 2ª Turma do STF, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/06/2014, publicado no DJe de 28/08/2014. Grifamos].

(...) Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Falsidade ideológica e corrupção passiva. Condenação. Perda do cargo público de Delegado da Polícia Federal. 3. Interceptação telefônica e prorrogações lastreadas exclusivamente em denúncia anônima. Inocorrência. 4. Suposta violação ao art. 93, inciso IX, da CF. *Motivação per relationem* nas prorrogações. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a técnica da *fundamentação per relationem*, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF. 6. Prorrogação prolongada justificada na complexidade da conduta criminosa a ser monitorada. 7. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso ordinário a que se nega provimento. [RHC 116166/SP, 2ª Turma do STF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 27/05/2014, publicado no DJe de 27/06/2014. Grifamos]

Alegada falta de fundamentação do ato decisório que determinou a interceptação telefônica – Inocorrência – Decisão que se valeu da técnica de *motivação “per relationem”* – Legitimidade constitucional dessa técnica de fundamentação – Sucessivas prorrogações da interceptação telefônica – Possibilidade – Período não superior a 15 (quinze) dias em cada renovação – Precedentes – Persecução penal e delação anônima – Viabilidade desde que a instauração formal do procedimento investigatório tenha sido precedida de averiguação sumária, “com prudência e discricção”, destinada a apurar a verossimilhança dos fatos delatados e da respectiva autoria – Doutrina – Precedentes do Supremo Tribunal Federal – Recurso de agravo improvido. (AGREG no HC 121.271/PE, 2ª Turma do STF, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 13/05/2014, publicado no DJE de 25/08/2014. Grifamos).

Compreendo, também, e tenho adotado esse entendimento, que nem sempre a fundamentação dos magistrados, nas diversas decisões que tomam – *sobretudo aquelas de natureza urgente, cautelar* –, tem e podem ter a fundamentação adequada, mas não é incomum no meio forense, todos nós já adotamos esse procedimento, muitas vezes nos *reportamos à manifestação do Ministério Público*, a qual adotamos como razão de decidir. Foi o que aconteceu aqui, ao menos implicitamente, também, como disse a digna Subprocuradora-Geral da República. (Ministro Ricardo Lewandowski, voto-vista no HC 119770/BA, julgado em 08/04/2014, publicado no DJe de 22/05/2014 - Grifamos).

Ocorre que, superada a possibilidade de diferenciado exame da fundamentação, no contexto específico e urgente da referida cautelar, eventual reconhecimento de insuficiência de fundamentação da decisão que autoriza interceptação telefônica há de trazer como consequência processual a aplicação do regime de *nulidades dos atos processuais*, não do regime da *inadmissibilidade das provas*. São dois sistemas distintos de invalidação processual, e essa distinção (quanto a sua *natureza* e seus efeitos) nem sempre tem sido, ao que parece, bem compreendida por alguns Tribunais, que acabam promovendo uma aplicação e interpretação insubsistentes do artigo 5º da Lei nº 9296/96, em sua combinação com o artigo 157 do CPP, sem qualquer lastro nos dispositivos constitucionais vinculados ao tema (quer o artigo 5º, inciso LVI, quer o artigo 93, IX da CF) e desprezando a disciplina das nulidades estabelecida nos artigos 563 e 573 do CPP.

De início, convém citar a irretocável consideração de Marinoni e Arenhart (2011, p. 267) acerca do artigo 5º, LVI da Constituição Federal, nem sempre lembrada por juízes e doutrinadores que se debruçam sobre o tema da prova ilícita:

O art. 5º, LVI, da CF, afirma que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. *Esse inciso se refere às provas obtidas mediante a violação de direito material, pois é óbvio que as provas não devem violar os direitos processuais.*

Tais provas, *em regra, violam direitos fundamentais materiais*, como os direitos à inviolabilidade da intimidade, da imagem, do domicílio e da correspondência et. (art. 5º, X, XI e XII, CF).

A prova que resulta da violação do direito material não pode ser sanada e produzir qualquer efeito no processo. Nesses casos, como já dito, nada se pode aproveitar da prova, uma vez que o ilícito é a sua causa. [Grifamos]

Fernandes (2010, p. 86), com os olhos voltados para o artigo 157, *caput* do CPP (que representa a projeção, no plano infraconstitucional, da regra do artigo 5º, LVI da CF), também chama a atenção para a necessária distinção entre o *regime de inadmissibilidade das provas* e o regime de *nulidade dos atos processuais*:

O tema da prova ilícita passou a ser objeto de tratamento no artigo 157 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela lei 11.690/2008. O novo dispositivo define (*caput* do art. 157) como provas ilícitas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devendo-se entender como normas legais *apenas as de natureza material, 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 da prova, deve ela ser desentranhada (*caput* do art. 157). [Grifamos]

A importante distinção entre *inadmissibilidade processual* e *nulidade processual* guarda paralelo com a diferenciação, que tem origem na doutrina italiana, entre “*provas ilícitas*” propriamente ditas (sujeitas à inadmissibilidade processual) e as chamadas “*provas ilegítimas*” (sujeitas à nulidade). Esclarecedora, neste ponto, a clássica explanação de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2011, p. 127):

A prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria da prova vedada.

A prova é vedada sempre que for contrária a uma norma legal, ou a um princípio de direito positivo.

Mas a vedação pode ser estabelecida quer pela lei processual, quer pela norma material (por exemplo, constitucional ou penal); pode, ainda, ser expressa ou pode implicitamente ser deduzida dos princípios gerais.

No campo das proibições da prova, a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, *natureza substancial* quando, embora servindo imediatamente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos *direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo*.

A distinção é relevante: a violação do impedimento configura, em ambos os casos, uma ilegalidade; mas, enquanto no primeiro caso haverá um “*ato ilegítimo*”, no segundo caso haverá um “*ato ilícito*” (Nuvolone).

Acompanhando essa terminologia, diz-se que a prova é ilegal toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material. Quando a proibição for colocada por uma *lei processual*, a prova será *ilegítima* (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a *proibição for de natureza material*, a prova será *ilicitamente obtida*.

Para a violação do impedimento meramente processual basta a sanção erigida através da nulidade do ato cumprido e da ineficácia da decisão que se fundar sobre os resultados do acerto. Mas o ponto que dá origem a maiores discussões é aquele atinente à relevância das provas cuja obtenção constitui ato materialmente ilícito.

Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.

Não parece ter sido a melhor opção da Lei 11.690/2008, ao definir a prova ilícita como aquela “obtida em violação a normas constitucionais ou legais” (nova redação do art. 157 CPP). A falta de distinção entre a infringência da lei material ou processual pode levar a *equivocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova* e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O não cumprimento da lei processual leva à *nulidade do ato de formação da prova* e impõe a sua renovação, nos termos do art. 573, *caput*, do CPP.

Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da CF); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X da CF), etc. [Grifamos]

Assim, a abordagem teórica empreendida por Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2011), para a distinção entre “*provas ilegítimas*” (sujeitas ao regime de *nulidades* processuais) e “*provas ilícitas*” (sujeitas ao regime de *inadmissibilidade* probatória) não apenas se mantém atual, como oferece valioso subsídio para a correta aplicação e interpretação do artigo 157, *caput* do CPP, em sua combinação com o artigo 5º da Lei 9296/96, em integral conformidade com o artigo 5º, LVI da CF, e sem desprezo aos artigos 563 e 573 do CPP. Consolida o entendimento de que a *prova ilícita* se associa, exclusivamente, às provas obtida com violação de *direitos fundamentais substanciais, materiais*, protetivos de liberdades públicas (inviolabilidade do domicílio, proteção da intimidade, privacidade das comunicações, proteção contra maus-tratos e tortura etc), e não às provas para cuja obtenção se tenha eventualmente violado normas de índole *puramente processual*, ainda que com *status* constitucional, como, por exemplo, a exigência de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX da CF). Tanto que este dispositivo constitucional não é mencionado, no excerto de Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho (2011), acima transcrito, ao exemplificar os direitos fundamentais normalmente feridos pela prova ilícita.

Feita essa precisa distinção, e supondo ser o caso de fundamentação deficiente, sujeitando-se portanto ao regime das *nulidades*, e não o da *inadmissibilidade*, é preciso avançar numa solução jurídica que traga efeitos práticos ao deslinde da causa, em harmonia com essa importante distinção. Afinal, em que pese a precisa distinção, teórica e legal, entre os diferentes regimes de invalidação, nas hipóteses em que a renovação do ato nulo se revelar inviável (caso da interceptação telefônica), a simples declaração de sua ineficácia pouco

diferirá, *na prática*, salvo pelo desentranhamento, do efeito provocado pelo reconhecimento de uma prova considerada inadmissível.

Badaró (2012), embora louvando a precisão técnica da distinção, pioneiramente introduzida na doutrina brasileira pelo célebre trio da Escola Paulista de Processo, exemplifica questões de ordem prática, procedimental, a seu ver insuperáveis ou inevitáveis (dificuldade de renovação de certas provas, inevitável contaminação das provas ilegítimas, por simples relação de causalidade, simultânea violação de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais) que o levam a sustentar uma “*nova proposta de conceituação das provas ilícitas*”, que corresponde ao efetivo desfazimento da distinção entre “provas ilícitas” e “provas ilegítimas”. Sustenta que, “do ponto de vista da dinâmica procedimental, sob o aspecto cronológico da imposição da sanção, não haverá diferença prática entre o *desentranhamento* (por inadmissibilidade) e a *nulidade*. (BADARÓ, 2012, p. 286). Por isso, sustenta Badaró (2012, p. 286): “Em suma, podem ser definidas como provas *ilícitas* as provas obtidas, admitidas ou produzidas com *violação das garantias constitucionais*, sejam as que asseguram *liberdades públicas*, sejam as que estabelecem *garantias processuais*” (grifamos).

Gloeckner (2013, p. 376), de modo mais incisivo, chega a propor que a ilicitude da prova seja considerada uma espécie do gênero “nulidade”. Após apresentar diversos argumentos para rejeitar a tradicional distinção entre “inadmissibilidade” e “nulidade”, assevera:

Frente ao até aqui exposto é possível concluir-se que a prova ilícita é uma modalidade de ato processual nulo. O pertencimento à teoria das nulidades não afasta a peculiaridade de seus fundamentos, das extensões do tratamento enfim, autônomo, que adquiriu a presente temática. Contudo, a fim de alicerçar a teoria da prova (ato processual), ao plano do ato processual penal defeituoso, a prova ilícita constitui e configura-se como espécie de um gênero: a nulidade.

Ao contrário de Badaró (2012) e de Gloeckner (2013), ainda nos parece atual e relevante a distinção entre inadmissibilidade das “provas ilícitas” e nulidade das “provas ilegítimas”, embora reconheçamos que a matéria carece de melhor aprofundamento, do ponto de vista procedimental. Em verdade, nenhum dos dois autores chegou a “testar” a razoabilidade dos novos enfoques que defendem à luz da problemática especificamente enfrentada neste artigo, de resto não abordada mesmo em consagradas obras monográficas, como as de Avolio (2010): efeitos da nulidade, por deficiência de fundamentação, de decisão que autorizou a produção de prova por interceptação telefônica.

Diversamente da clássica hipótese da prova ilícita que “contamina” uma decisão judicial, tratamos aqui da inusitada situação de uma possível “contaminação” de uma prova materialmente lícita por força do ulterior reconhecimento da nulidade (por vício de fundamentação) da decisão que a autorizou. Portanto, cuidamos aqui de provas “não repetíveis” produzidas em circunstâncias muito diversas das que certamente Gloeckner (2013, p. 521) tinha em mente quando, invocando o “princípio da preclusão probatória”, peremptoriamente asseverou que “a declaração judicial de nulidade de uma prova irrepitível significa torná-la juridicamente imprestável” (GLOECKNER, 2013, p. 521).

No contexto da temática especificamente abordada no presente artigo, considerar automaticamente ilícita (e, portanto, sujeita ao efeito da inadmissibilidade) *até mesmo a prova judicialmente autorizada*, ainda que com eventual defeito em sua fundamentação, não parece corresponder à melhor interpretação do artigo 5º da Lei nº 9296/96 e sua combinação com o artigo 157, *caput* do CPP, em consonância com os artigos 5º, LVI e 93, IX da CF e os artigos 563 e 573 do CPP.

A vigorar tal entendimento, bastaria a atuação decisória de um juiz *tecnicamente incompetente* ou *eticamente comprometido* para que uma fundamentação defeituosa (por erro técnico ou por dolo do juiz – pense-se, aqui, na teratológica, mas possível hipótese de um juiz venal) sutilmente levasse à inexorável inadmissibilidade da prova obtida, pondo por terra investigações e processos tratando dos mais relevantes interesses públicos, inclusive para a salvaguarda de outros direitos fundamentais, para além dos que originalmente inspiraram a proteção individual contra a prova ilícita, no âmbito do que se denomina “dupla face dos direitos fundamentais” (conf. Lênio STRECK, 2004 e 2007; Maria Luiza STRECK, 2009; SARLET, 2003).

Entendemos que, sem qualquer lesão ao sistema normativo (inclusive de índole constitucional), é possível alcançar-se uma solução adequada à singular hipótese tratada no presente texto, sem que seja necessário dispensar ou reescrever (mas apenas aperfeiçoar) consagrados conceitos da doutrina processual brasileira, robustos o suficiente para resistir inclusive à errática e assistemática produção legislativa dos últimos anos.

Ora, não se pode afastar a circunstância de que o regime processual das *nulidades*, previsto no CPP, apoia-se em duas premissas fundamentais: o aproveitamento do ato que não resulte *prejuízo* para a acusação ou para a defesa (artigo 563 do CPP) e a possibilidade de *renovação* ou *retificação* dos atos relativamente nulos (artigo 573 do CPP). Oportuno aqui realçar que a orientação mais recente, do STF e do STJ, é no sentido de atenuar o rigor da clássica distinção entre “nulidades absolutas” e “nulidades relativas”, ao menos no que tange

à possibilidade de, também em relação a nulidades consideradas absolutas, exigir-se a demonstração do efetivo prejuízo. São diversas as decisões nesse sentido:

(...) Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, de acordo com o art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que “(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief* – compreende as nulidades absolutas” (HC 85155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. (RHC 122647/SP, 2ª Turma do STF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 03/06/2014, publicado no DJe de 01/08/2021).

(...) No julgamento do Habeas Corpus n. 85155/SP, a eminente Relatora, Ministra Ellen Gracie, assentou que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, conforme já decidiu a Corte, “O âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief* – compreende as nulidades absolutas”. (ARE 666424 AgR/SC, 1ª Turma do STF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 12/03/2013, publicado no DJe de 26/03/2013.).

(...) A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, visto que, conforme já decidiu a Corte, “o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief* – compreende as nulidades absolutas”. (HC 81510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12/4/2002). (HC 99053/MG, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 21/09/2010, publicado no DJe de 29/11/2010).

“A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563, do Código de Processo Penal, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, uma vez que, conforme já decidiu a Corte Suprema, o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief* – compreende as nulidades absolutas, o que não foi demonstrado no presente caso (HC 81510, 1ª Turma Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 12/04/2002) [HC 238479/PE, 5ª Turma do STJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 13/11/2012, publicado no DJe de 23/11/2012.]

Nesta altura, é de se reforçar a base sobre a qual se edifica o sistema de nulidades no processo penal brasileiro. Tema denso e recheado de controvérsias, carente de parametrização, tem-se deixado à regulação hermenêutica fundada na esfera das respectivas dimensões normativas, sempre a partir de sua inspiração constitucional. Daí porque sua disciplina principiológica inspira-se na preponderante valoração do *fundo* em relação à *forma*, baliza orquestrada, tal qual o método aristotélico da *mesótes*, entre dois extremos que só podem ser decididamente encontrados com a questão pressuposta previamente resolvida, já que atua como premissa, e essa, a nosso ver, funda-se no objetivo maior do processo penal, sempre pautado pela *verdade real*.

Ora, no trânsito das relações sociais, claro, a preservação dos direitos fundamentais constitui ponto nuclear da vida sideral do Estado Democrático de Direito, sobre o qual orbitam, em constelações distintas, as demais categorias de direitos, todas elas voltadas, porém, à essência deste modelo de pacto social, que é *o da construção de uma sociedade livre, justa e solidária*, o que só se dará, efetivamente, com mecanismos e ferramentas que

permitam alcançar o saneamento ético desse mesmo Estado, desempenhando o processo, nessa perspectiva e numa necessária visão política, papel de destaque que não pode ser, reiteradamente, obstaculizado ou ofuscado pela prevalência de uma *verdade formal* mais afeita a um jogo argumentativo de cartas marcadas.

Cremos, por isso mesmo, que o recente êxito das investigações levadas a cabo na conhecida “*operação lava jato*”, representa lúcido exemplo, com a chancela da interpretação constitucional pelo STF, por meio da discreta, mas corajosa pena do Min. Teori Zavaski, desse tipo de tendência emancipatória da prova penal.

É preciso, às vezes, apelo prático do qual o intérprete, invariavelmente, tende a se afastar, em total desconexão com a dinâmica social, dotado de impressionante surdez ao grito das ruas, pulverizando o Direito que deve aplicar.

A propósito, embora Robert Alexy inicie sua *Teoria da Argumentação Jurídica* com a constatação de Karl Larenz no sentido de que “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados” (ALEXY, 2011, p. 17), reconhece Alexy, a final, o vínculo inextricável entre as duas formas de discurso, aceitando ser a argumentação jurídica “totalmente dependente da argumentação prática geral e que, portanto, faz sentido dizer que as formas de argumentação práticas gerais são a base da argumentação jurídica” (ALEXY, 2001, p. 271).

Destarte e retomando o tema, temos, de um lado, a necessidade de uma *distinção prática* entre os efeitos do reconhecimento de uma prova *inadmissível* e os efeitos do reconhecimento de uma prova eventualmente oriunda de uma decisão *nula*, por deficiência de fundamentação.

De outro lado, o reconhecimento de que, ao contrário do que sucede com as decisões finais, de mérito, que podem ser renovadas para melhor fundamentação, em se tratando de uma decisão no âmbito de uma medida cautelar, como a que autoriza a realização de interceptação telefônica, a *renovação se mostra inviável*, por motivos óbvios, também referidos por Badaró,¹ ainda que este conclua que “embora os atos processuais nulos devam

¹ A não repetição da prova ilícita não decorre de uma característica ontológica de tais provas. Como o vício da ilicitude costuma ocorrer na obtenção da fonte de prova, o fator surpresa desaparece após a sua produção e, no caso, o posterior reconhecimento judicial da ilicitude. Seria de todo inútil, anos após a realização de uma interceptação telefônica ilícita, que o juiz autorizasse uma nova interceptação para tentar captar o mesmo conteúdo de conversa entre as mesmas partes. (...) De fato, dificilmente teria êxito uma interceptação telefônica ou uma busca e apreensão que o investigado soubesse previamente da autorização judicial.” (BADARÓ, 2012, p. 286).

ser, em regra, repetidos, para sua realização válida, tal regra não é indefectível” (BADARÓ, 2012, P. 287).

Consideramos possível, no contexto da argumentação aqui deduzida, a compatibilização da racionalidade normativa da repetição ordinária do ato nulo com a circunstância pragmática de impraticabilidade da renovação, no caso das interceptações telefônicas.

Quer nos parecer que uma solução que, ao mesmo tempo em que possibilita o controle da legalidade da decisão que decreta a interceptação, no tocante a sua fundamentação, não inquinaria a prova “ilegítima” com efeito prático equivalente ao da inadmissibilidade (que deve ser reservada apenas à prova “ilícita”), seria considerar a nulidade (por defeito de fundamentação), referida no artigo 5º da Lei nº 9296/96, como passível de convalidação na instância revisora.

Em consequência, em sendo *inviável a renovação da prova*, caberia ao Tribunal (a quem é devolvida toda a matéria impugnada) examinar se, a despeito de eventual deficiência da fundamentação, os requisitos do *artigo 2º da Lei nº 9296/96* se fazem presentes. Em caso negativo, a decisão de primeiro grau haverá de ser reputada como nula, sendo ineficaz em seus efeitos. Em caso positivo, seria ela, decisão de primeiro grau, *convalidada* pela instância superior, ainda que com fundamentação complementar ou retificadora. Em harmonia com esse raciocínio jurídico, colaciona-se um trecho de um acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, lavrado pelo Desembargador Federal Cândido Ribeiro (BRASIL, 2012), que abriu a vencedora divergência perante a 3ª Turma daquele Tribunal:

Fundamentação deficiente em decisão que decreta a quebra de sigilo telefônico não pode ser considerada, por si só, como se inexistente fosse, por mais precários que sejam os seus fundamentos. O indispensável é que estejam demonstrados indícios razoáveis de autoria ou participação em infração punível com pena de reclusão e a indisponibilidade de outros meios para a colheita eficaz da prova.

Vale dizer, considerando-se como de *renovação impraticável*, na instância de origem, a prova obtida com vício de motivação da decisão que a indeferiu, tal vício poderia ser eventualmente *sanado* na instância superior – caso esta se convença de que, a despeito da deficiência da fundamentação, a autorização *poderia ser validamente concedida*. A declaração de ineficácia do ato ocorreria apenas se o Tribunal se convencesse de que, independentemente da deficiência da fundamentação, não seria mesmo o caso de se autorizar a produção da prova.

A solução aqui proposta – que poderá ser utilizada numa miríade de outros recursos e ações impugnativas versando sobre o alcance do artigo 5º da Lei nº 9296/96, no quadro normativo constitucional representado pelos artigos 5º, LVI e 93, IX da CF – pode ser explicitada em dois enunciados, cuja redação, após necessários aperfeiçoamentos, tem o potencial de contribuir até mesmo para a possível consolidação de um entendimento junto aos Tribunais:

1. O regime de inadmissibilidade da prova ilícita, aplicável a violações de direitos fundamentais e dispositivos legais de natureza material, não exclui o regime de nulidades dos atos e provas realizados com infração a direitos fundamentais e dispositivos legais de natureza meramente processual.
2. Eventual deficiência de fundamentação na decisão que defere medida cautelar, com impossibilidade prática de renovação da prova produzida, permite ao Tribunal que conhecer da impugnação convalidar a decisão ou retirar-lhe a eficácia, conforme o resultado de seu retrospectivo exame quanto à presença dos requisitos exigíveis para o deferimento da cautelar.

Essa solução permite harmonizar, sem nenhum conflito, o artigo 157, *caput do CPP* (que, como vimos, trata da *inadmissibilidade de provas substancialmente ilícitas*, e não das provas decorrentes de decisões eivadas de *nulidades processuais* – “*provas ilegítimas*”) com o artigo 5º da Lei nº 9296/96, que há de considerar eventual defeito de fundamentação como hipótese de nulidade.

Caso contrário, desfaz-se, na prática, a um só tempo, o distinto conceito de *inadmissibilidade*, previsto no artigo 157, *caput do CPP*, e o regime geral das *nulidades*, de que são exemplos os artigos 563 e 573 do CPP.

A solução guarda ainda consonância com os dispositivos constitucionais relacionados à prova ilícita (artigo 5º, LVI da CF) e à exigência da fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX da CF).

Sem embargo, é importante a aplicação de um teste de validade metodológica e principiológica da solução aqui alcançada, o que se buscará fazer, na seção seguinte.

2. Validação da solução dada ao aparente conflito normativo, à luz da técnica da ponderação.

O encaminhamento aqui reivindicado (que faz com que, diante do reconhecimento da insuficiência de fundamentação da decisão de primeiro grau impugnada possa o Tribunal verificar, retroativamente, a pertinência, *in casu*, dos requisitos do artigo 2º da Lei nº 9296/96, quer para convalidar a prova quer para decretar sua ineficácia), seguramente se alinha à

técnica de ponderação proposta por Ana Paula de Barcellos, em sua importante obra monográfica, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional* (BARCELLOS, 2005), sob influência da doutrina norte-americana do “balancing”.

Segundo a proposição de Barcellos, a ponderação deve vencer três etapas:

a) identificação dos *enunciados normativos em tensão* (interesses e enunciados normativos, normas e enunciados normativos, situações individuais e enunciados normativos);

b) identificação dos *atos relevantes* (atos relevantes e a repercussão dos atos sobre os enunciados normativos);

c) *decisão* (pretensão de *universalidade*, busca da *concordância* prática, construção do *núcleo essencial dos direitos fundamentais*).

Todas essas três etapas podem ser perfeitamente identificadas na solução proposta na seção anterior. Vejamos:

Na primeira etapa, foi empreendida a análise dos efeitos da distinção normativa entre o regime de admissibilidade da “prova ilícita” e de nulidade da “prova ilegítima”, considerando o disposto nos artigos 157, *caput*, 563 e 573 do CPP e no artigo 5º, LVI da CF. A propósito, ao comentar essa etapa, afirma Barcellos (2005, p. 94) que “o processo se desenvolve de forma semelhante no caso de disposições infraconstitucionais cuja validade esteja em disputa por força da incidência de enunciados constitucionais diversos, que aparentemente indicam conclusões contraditórias”.

Na segunda etapa, foi analisada a repercussão dos atos relevantes sobre os enunciados normativos. Sustentou-se que o sistema normativo, constitucional e infraconstitucional, haveria de indicar uma solução prática que, de um lado, consagrasse o *dever de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade* e, de outro lado, salvaguardasse a necessária distinção de efeitos processuais entre uma *prova substancialmente “ilícita”* e uma *prova considerada “ilegítima”*.

Isso diante da peculiaridade de que, ao contrário do que normalmente acontece no reexame de decisões finais tidas por deficientes de fundamentação, em cautelares como a de interceptação telefônica não se torna possível a renovação da prova autorizada – efeito mais comum do regime de nulidades –, mas tão somente eventual convalidação do ato, por fundamentação eventualmente *retificadora*.

Registre-se, por oportuno, que, ao comentar a segunda etapa da técnica de ponderação, afirma Barcellos (2005, p. 120) que “há outras circunstâncias de fato, porém, que

não atribuem propriamente um peso maior ou menor a determinada solução; diversamente, elas são responsáveis por informar o grau de restrição que a escolha de cada uma das soluções possíveis pode impor sobre as demais naquele caso concreto”.

Na terceira e última etapa do processo de ponderação (conclusão), atendeu-se à pretensão de se criar uma regra universal (tanto que chegamos a apresentar, na seção anterior, dois enunciados passíveis de aplicação em casos futuros e análogos). Buscou-se um consenso prático, superando a resignada posição proposta por Gustavo Badaró (2012) que, embora concordando, em princípio, com a teorização de Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2011), considerou incontornáveis os entraves procedimentais decorrentes da aludida distinção.

Assim, após demonstrar que a sanção da inadmissibilidade da prova *ilícita* (prevista no artigo 5º, LVI da CF e no artigo 157, *caput* do CPP) não poderia ser automaticamente aplicada a situações de provas meramente “*ilegítimas*”, que se subordinam ao regime das nulidades; que a observância da exigência de fundamentação das decisões judiciais (prevista no artigo 93, IX da CF e no artigo 5º da Lei nº 9296/96) não pode desprezar pressupostos fundamentais do regime processual de nulidades (demonstração de prejuízo e possibilidade de *renovação* ou *retificação* – artigos 563 e 573 do CPP), alcançou-se a proposição de que a eventual deficiência de fundamentação da decisão, prevista no artigo 5º da Lei nº 9296/96, há de ser considerada como passível de convalidação. Argumentou-se que, em tais casos, caberia ao Tribunal a quem é apresentada a impugnação verificar, no âmbito da ampla devolução da matéria, se a decisão se encontra suficientemente fundamentada e, em caso de não o ser, se *poderia ser tomada*, aplicando o Tribunal, então, *fundamentação retificadora* ou *complementar*.

Destarte, o *juízo de ponderação* aqui exercitado propõe uma solução prática, de aplicação universal, extirpando, ao que parece, aparentes antinomias normativas, no âmbito constitucional e infraconstitucional, e conseguindo, simultaneamente

(a) *respeitar* os distintos regimes processuais de inadmissibilidade da prova ilícita e de nulidade da prova ilegítima;

(b) *adequar* a exigência de controle da fundamentação das decisões judiciais às especificidades das provas produzidas como consequência de impugnadas decisões *cautelares*, insuscetíveis de renovação, como se dá no âmbito das interceptações telefônicas.

Preservou-se, assim, um *núcleo essencial de direitos fundamentais* (inadmissibilidade da prova ilícita e dever de fundamentação das decisões judiciais), com

perfeita *compatibilização com as disposições normativas processuais*, de índole infraconstitucional, considerando as especificidades do caso.

O resultado aqui alcançado parece, portanto, também se conformar com as três diretrizes gerais, propostas por Barcellos (2005, p. 125), para orientar a atividade do intérprete no momento decisório:

Em primeiro lugar, o intérprete deve estar comprometido com a capacidade de *universalização* tanto dos fundamentos empregados no processo, como da decisão propriamente dita. Em segundo lugar, e como já referido, os esforços do aplicador nesta fase devem ter por meta a *concordância prática dos enunciados normativos em conflito*. Por fim, uma terceira questão que não pode ser negligenciada nesta fase, quando ela envolve *direitos fundamentais*, diz respeito ao núcleo dos direitos e o *limite que ele representa à ponderação*.

A necessidade de um juízo de ponderação sobre os específicos contornos e contextos em que se discute a prova ilícita (inclusive para não confundi-la com as provas meramente “ilegítimas”) é também anotada, de uma forma ou de outra, por parte da doutrina processual e pela contemporânea construção jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Fernandes (2010, p. 87) pontua:

Todavia, uma aplicação extremamente rígida dessa orientação não é adequada. Já se aventou, por exemplo, possibilidade de pessoas ligadas a uma organização criminosa, até mesmo policiais, produzirem intencionalmente uma prova ilícita para, com isso, impedir-se o sucesso de investigação em andamento, pois tudo o que viesse a ser obtido nessa averiguação seria considerado ilícito em virtude da contaminação ocasionada pela prova ilicitamente forjada. (FERNANDES, 2010, p. 87)

Pacelli (2011, p. 365) também observa:

Impõe-se, portanto, para uma adequada tutela *também* dos direitos individuais que são atingidos pelas ações criminosas, a adoção de critérios orientados por uma ponderação de cada interesse envolvido no caso concreto, para se saber se *toda* a atuação estatal investigatória estaria contaminada, *sempre*, por denominada prova ilícita. Pode-se e deve-se recorrer, ainda uma vez, ao critério da *razoabilidade* (ou proporcionalidade, que, ao fim e ao cabo, tem o mesmo destino: a ponderação de bens e/ou juízo de adequabilidade da norma de direito ao caso concreto).

Nesse quadro, a nova redação do art. 157, § 1º e 2º, CPP, embora proveitosa ao se referir expressamente a duas situações nas quais seria possível vislumbrar a contaminação da prova ilícita, ao tempo em que buscava definir o âmbito da contaminação, não parece suficiente para resolver todas as questões teóricas e práticas envolvidas, a partir da necessidade de identificação do real significado e extensão do chamado “nexo de causalidade” na derivação da ilicitude.

A relevância da ponderação em tema de prova ilícita vem também realçada por MARINONI e ARENHART (2011, p. 273):

Portanto, importa definir se a norma que proibiu a prova ilícita ponderou tudo o que havia a ser ponderado, fechando as portas para qualquer ponderação, por parte do juiz, ou se ainda está aberta para certos casos concretos, quando então deve ser aplicada mediante ponderação. A solução da questão não é difícil. A conclusão de que a norma eliminou a necessidade de qualquer outra ponderação somente poderia ser aceita se a sua incidência se desse em casos uniformes, *que não guardassem qualquer diferença de fundo*, e por isso dispensassem o juiz de qualquer outra ponderação.

Por sua vez, a *jurisprudência dos Tribunais Superiores*, embora comungando da pertinência da total proibição de uso da prova substancialmente ilícita (inadmissibilidade), não se cansa de recomendar *cautela* na perfeita delimitação do tema e no reconhecimento das peculiaridades do caso concreto.

Registre-se, a propósito, que a necessidade de elaboração de orientação jurisprudencial que dê, aos dispositivos da Lei nº 9296/96, *interpretação conforme a Constituição Federal* (artigo 93, IX e artigo 5º, LVI), já foi recentemente anotada, de forma expressa, pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, ao aditar seu voto, por ocasião do julgamento, em 08/04/2014, do HC 119770/BA:

Tendo em vista o atual estágio da jurisprudência e a configuração dos fatos aqui examinados, manifesto-me no sentido de denegar a ordem, com as reservas que já fiz em relação à *necessidade de que nós discutamos o próprio modelo legal hoje vigente, que, a mim me parece, a lei é de 96 e está carente de aperfeiçoamento, tanto que no que diz respeito ao prazo como no que diz respeito, talvez, à fundamentação e também no que concerne à própria fundamentação*. [Aditamento ao Voto, Ministro Gilmar Mendes, HC 119770/BA, julgado em 08/04/2014, publicado no DJe de 22/05/2014]

Isso, a despeito da pendência do tema de repercussão geral nº 661, reputado constitucional em 13/06/2013, em decisão assim ementada:

Processo penal. Interceptação telefônica. *Alegação de violação aos artigos 5º, 93, inciso IX, e 13, § 2º da CF. Artigo 5º da Lei n. 9296/96*. Discussão sobre a constitucionalidade de sucessivas renovações da medida. Alegação de complexidade da investigação. Princípio da razoabilidade. *Relevância social, econômica e jurídica da matéria*. Repercussão geral reconhecida. (RE 625263 RG/PR, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 13/06/2013, publicado no DJe de 06/09/2013).

Nesse contexto, a solução aqui aventada – que aborda questão relacionada ao tema de repercussão geral nº 661, mas o transcende, pela maior especificidade – proclama-se como fruto do necessário espaço de *ponderação* na aplicação das normativas referentes à prova ilícita e à fundamentação das decisões judiciais, valendo-se de critérios de *razoabilidade e proporcionalidade*.

3. Conclusão

Em suma, o artigo propõe que, caso o Tribunal repute como eventualmente despida de suficiente fundamentação a decisão de 1º grau que autorizou a interceptação telefônica, que então examine, à luz dos artigos 2º e 4º da Lei nº 9296/96, se efetivamente havia elementos para que fosse autorizada e, em caso positivo, valide a prova amealhada nos autos, em *fundamentação retificadora* (consoante artigo 573, *in fine* do CPP) diante da impossibilidade lógica e prática de renovação da prova (ou da decisão que a autorizou), no próprio juízo de primeiro grau. Até porque não se pode dar às provas consideradas eventualmente “*ilegítimas*” o mesmo tratamento (inadmissibilidade) exclusivamente reservado às provas “*ilícitas*” propriamente ditas (artigo 157, *caput* do CPP e artigo 5º, LVI do CPP).

Resta claro, nesse ponto e na linha do que aqui se desenvolveu, que os Tribunais não estariam a aplicar o melhor Direito, quando, vislumbrando deficiências de fundamentação na decisão que determinou a interceptação telefônica, declaram *ilícitas*, “em cascata”, as provas produzidas a partir daquela decisão e determinam sejam *desentranhadas* dos autos.

No máximo, deveriam considerá-las “*ilegítimas*”, por eventual vício de fundamentação da decisão que as autorizou, vício este *suscetível de convalidação retificadora*, diante da inviabilidade prática da renovação da prova.

Mormente não se pode atribuir, em tais casos, qualquer responsabilidade dos órgãos de persecução penal pelo superveniente vício formal e procedimental que venha a ser detectado na decisão prolatada pelo Juiz.

Não parece razoável que o interesse público na investigação e persecução penal de fatos criminosos fique a depender, irremediavelmente, da sorte dos órgãos de persecução penal de se deparar com um Juiz que saiba motivar adequadamente uma decisão que defere um pedido de interceptação telefônica, que poderia ser lançada em subsídios materialmente válidos.

Considerando, nesse contexto e ainda na mesma linha do que se está aqui a sustentar, a demonstrada inconsistência de decisões jurisprudenciais que – descurando de metódico processo de integração normativa – confundem *ilicitude da prova* com *nulidade da decisão que a autoriza*, com os drásticos e irremediáveis efeitos daí decorrentes, o artigo ousa sugerir dois possíveis enunciados orientadores da jurisprudência, para a consistente solução de casos análogos. Não sem antes submeter a solução proposta à validação pelo método da ponderação desenvolvido por BARCELLOS (2005).

Referências bibliográficas:

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. SP: Landy Editora, 2001.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacoben. *Nulidades no processo penal – Introdução principiológica à teoria do ato processual irregular*. Salvador: Jus Podium, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais* n. 12, ano 3, Porto Alegre 2003.

STRECK, Lenio. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassvebot*) ou de como não há blindagem contra normas penais incriminadoras. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, FDUC, vol. LXXX, 2004.

STRECK, Lenio. Entre Hobbes e Rousseau – a dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal. In: STRECK, Lênio (org.). *Direito penal em tempos de crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. *Direito penal e Constituição – a face oculta da proteção dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Referências jurisprudenciais:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 238479/PE*, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 13/11/2012, publicado no DJe de 23/11/2012. Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AGREG no HC 121.271/PE*, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 13/05/2014, publicado no DJE de 25/08/20. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 666424 AgR/SC*, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 12/03/2013, publicado no DJe de 26/03/2013. Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 11882/BA*, 2ª Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/06/2014, publicado no DJe de 28/08/2014. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 119770/BA*, 2ª Turma, Voto-vista do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 08/04/2014, publicado no DJe de 22/05/2014. Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 120366 AGREG no HC 120366/RS*, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 26/08/2014, publicado no DJe de 09/09/2014012. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 99053/MG*, 1ª Turma do STF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 21/09/2010, publicado no Dje de 29/11/2010. Acesso em 19/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 116166/SP*, 2ª Turma do STF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado em 27/05/2014, publicado no DJe de 27/06/2014. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 22/02/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *HC 0026655-24.2012.4.01.000/GO*, 3ª Turma, Voto-vista do Desembargador Federal Cândido Ribeiro, julgado em 18/06/2012, publicado no DJF de 29/06/2012. Acesso em 19/05/2015.