

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**  
**Faculdade Mineira de Direito**  
**Programa de Pós Graduação em Direito**

**AS PROIBIÇÕES DE PROVA EM PROCESSO PENAL E A  
IMPOSSIBILIDADE DE SUA FLEXIBILIZAÇÃO NO  
PROCESSO CONSTITUCIONAL**

**Christiano Rodrigo Gomes de Freitas**

**Belo Horizonte**  
**2011**

**Christiano Rodrigo Gomes de Freitas**

**AS PROIBIÇÕES DE PROVA EM PROCESSO PENAL E A  
IMPOSSIBILIDADE DE SUA FLEXIBILIZAÇÃO NO  
PROCESSO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Leonardo Augusto Marinho Marques

Belo Horizonte  
2011

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F866p Freitas, Christiano Rodrigo Gomes de  
As proibições de prova em processo penal e a impossibilidade de sua flexibilização no processo constitucional / Christiano Rodrigo Gomes de Freitas. Belo Horizonte, 2011.  
112f.

Orientador: Leonardo Augusto Marinho Marques  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito processual constitucional. 2. Prova (Direito). 3. Prova ilícita. 4. Exceções (Direito). I. Marques, Leonardo Augusto Marinho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 342.4

CHRISTIANO RODRIGO GOMES DE FREITAS

**AS PROIBIÇÕES DE PROVA EM PROCESSO PENAL E A IMPOSSIBILIDADE DE  
SUA FLEXIBILIZAÇÃO NO PROCESSO CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

---

Leonardo Augusto Marinho Marques (Orientador) – PUC MINAS

---

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró - USP

---

Rosemiro Pereira Leal – PUC MINAS

Belo Horizonte, 07 de fevereiro de 2011.

À minha mãe, Cristina.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por possibilitar as condições para realização desse nosso projeto e a Ti toda a Glória. Ao meu orientador Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques pelo incentivo à pesquisa e à produção acadêmica. Aos meus colegas de Mestrado Débora Fioratto e Cristiano Oliveira pela amizade construída e pelo apoio em diversos momentos. Aos amigos e familiares por todo o incentivo. Um muito obrigado especial à minha mãe pelo amor, pela compreensão e pelo apoio de sempre, fundamentais para todas as minhas alegrias e realizações.

“Liberdade não é meramente tirar as correntes de alguém,  
mas sim viver de uma forma que respeita e aumenta a liberdade dos outros.”  
(Nelson Mandela)

## RESUMO

Esta dissertação é um estudo acerca da compatibilidade das proibições de prova e da sua flexibilização com o modelo constitucional de processo, decorrente do Processo Constitucional no Estado Democrático de Direito. As proibições de prova representam um limite à persecução criminal, como garantia intransponível dos direitos fundamentais do acusado, freando a busca pela verdade a todo custo, exigindo que toda a produção probatória se dê nos termos do devido processo legal. A violação a essas regras acarreta a imprestabilidade da prova para fins de valorização, não podendo servir como motivação para condenação ou para qualquer outro fim. A flexibilização das proibições de prova, pelo reconhecimento do interesse estatal na persecução criminal eficaz, relativiza, por critérios subjetivos, as garantias, violando o direito das partes de influir propositiva e vinculadamente no conteúdo da decisão, revelando incompatível com o processo. Ao concluirmos pela impossibilidade absoluta da flexibilização das proibições de prova, estamos concluindo pela necessidade de que a fundamentação decisória extraia exclusivamente dos argumentos produzidos e discutidos pelas partes em contraditório no tempo-espaço do procedimento a motivação. E, em última instância, que toda intervenção estatal nos direitos fundamentais somente se dê nos limites traçados constitucionalmente, assegurando àquele sobre quem pesa a ameaça de pena a proteção eficaz de sua dignidade enquanto pessoa, o que somente é viabilizado pelo processo.

Palavras-chave: Processo Constitucional. Proibições de Prova. Exceções à Regras de Exclusão das Provas Ilícitas.

## ABSTRACT

This dissertation is a study concerning the compatibility between the exclusionary rules and its exceptions with the constitutional model of process, originated from the Constitutional Process in the Democratic State of Law. The exclusionary rules represent a limit to the criminal persecution, as an insurmountable guarantee of the accused fundamental rights, preventing the search for truth at all cost, demanding that all evidence be obtained according to the due process of law. The violation of those rules results in mischaracterization of the evidence, forbidding its use as a motivation to convict and its use at all. The exception to the exclusionary rules, recognizing the state interest for an effective criminal persecution, eases, upon subjective criteria, the guarantee, violating the parties' right to influence directly the content of the decision, revealing its incompatibility with the process. Concluding for the absolute impossibility of circumventing the exclusionary rules, we are concluding for the need that the court's decision motivation be based exclusively upon the arguments produced and discussed by the parties in contradictory bases within the procedure timeline. And, ultimately, that any state intervention in fundamental rights shall be done in the strict limits traced constitutionally, insuring those threatened by the punishment the efficient protection of his dignity as a person, which is only feasible by the process.

Key-words: Constitutional process. Exclusionary Rules. Exceptions to the exclusionary rules of illegal obtained evidence.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 PROCESSO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>13</b>
2.1 Constituição e processo .....	13
2.2 Modelo constitucional de processo e processo penal .....	18
<b>3 RESSEMANTIZAÇÃO DA PROVA .....</b>	<b>22</b>
3.1 A prova como base argumentativa .....	22
3.2 A prova e o princípio do contraditório .....	27
3.3 A prova e o princípio da fundamentação das decisões.....	31
<b>4 PROIBIÇÕES DE PROVA EM PROCESSO PENAL.....</b>	<b>39</b>
4.1 Proibições de prova .....	39
4.2 Sistema americano de proibições de prova .....	43
4.3 Sistema alemão de proibições de prova .....	47
4.4. Sistema brasileiro de proibições de prova.....	49
<b>5 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA NO PROCESSO PENAL ...</b>	<b>58</b>
5.1 A persecução criminal eficaz como interesse do Estado de Direito .....	58
5.2 Técnicas de aproveitamento e de descontaminação das provas ilícitas.....	63
5.2.1 <i>Conteúdo e abrangência</i> .....	63
5.2.2 <i>As técnicas do direito americano e uma crítica à adesão brasileira</i> .....	64
5.2.2.1 Fonte independente ( <i>independent source</i> ).....	65
5.2.2.2 Descoberta inevitável ( <i>inevitable discovery</i> ).....	68
5.2.2.3 Conexão Atenuada ( <i>attenuated connection</i> ).....	71
5.2.3 <i>A técnica da proporcionalidade do direito alemão e a posição brasileira</i> .....	74
5.2.3.1 A teoria da proporcionalidade.....	74
5.2.3.2 A teoria da proporcionalidade e a admissibilidade das provas ilícitas no Brasil .	77
5.2.3.3 Crítica à técnica da proporcionalidade <i>pro societate</i> .....	80

<b>6 A IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA ...</b>	<b>85</b>
<b>6.1 Direito à prova no modelo constitucional de processo .....</b>	<b>85</b>
<b>6.2 A importância da procedimentação da prova.....</b>	<b>89</b>
<b>6.3. Verdade provável.....</b>	<b>93</b>
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>100</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>105</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O processo penal tem sofrido direta influência de uma política criminal que exige uma maior intervenção estatal no combate à criminalidade, reconhecendo-se que "o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos" (JAKOBS, 2005, p. 29), devendo considerá-los inimigos por comprometerem o direito à segurança das pessoas.

Consagra-se a afirmação de Cícero de que:

“Com tiranos não existe sociedade alguma, senão a mais enérgica das separações e não é contrário à natureza roubar a quem é honroso matar. Toda esta estirpe que traz consigo a desgraça e encontra-se afastada de Deus, deve ser excluída da comunidade dos seres humanos, pois do mesmo modo que algumas partes do corpo tem que ser amputadas quando elas mesmas perdem o sangue e de certa forma o sopro da vida, prejudicando às demais partes do corpo, assim mesmo esta bestialização com forma humana, este monstro horroroso, deve ser excluído da comum humanidade do corpo”. (1991, p. 106)

A figura do *hostis humani generis*<sup>1</sup>, implica numa distinção entre os destinatários dos direitos e garantias, em decorrência do tipo de crime praticado, da habitualidade, da profissionalização criminoso e por integrar organizações criminosas, permitindo identificar aquele que "*se afastou, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa*". (JAKOBS, 2005, p. 35)

O discurso do inimigo, ainda que não nos moldes da teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs, por seu rigor e extremismo, está entranhado na política criminal que vem sendo adotada em diversos ordenamentos jurídicos, identificado, principalmente, por recentes reformas legislativas e posicionamentos dos Tribunais que permitem direta ingerência estatal nos direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> O termo “inimigos da humanidade” vem ganhando diferentes conotações, sendo originariamente utilizado para designar os piratas que, ao violarem os costumes marítimos, cometiam crimes contra toda a humanidade, a quem pertence o alto mar, sendo interesse de todos a sua punição, do mesmo modo que, posteriormente, os traficantes de escravos. Mais recentemente, com base no princípio da justiça universal, foi utilizado para designar os torturadores e genocidas, cujo crime por ser universalmente condenável os sujeita à jurisdição do Estado interessado. (Conferir *Filártiga v. Peña-Irala*, 1980, 630 F.2d 876, United States Court of Appeals for the Second Circuit, disponível em <http://www.ca2.uscourts.gov/>, acessado em 25/01/2011 ) Na mesma base, o termo foi também utilizado para designar os terroristas que, por agirem sem o reconhecimento de qualquer Estado, não estariam sujeitos à ordem jurídica regular, mas a um tratamento diferenciado. Atualmente, extrapolando o direito penal internacional, vem sendo usado para designar o inimigo interno.

Se no campo do Direito Penal vemos um inchaço legislativo pela criação de inúmeros tipos penais, pelo critério da seletividade do destinatário da norma (GRECO, 2006), no Direito Processual Penal o efeito desse discurso é a flexibilização das garantias processuais do acusado, caracterizadora do Processo Penal do Inimigo.

Nesta concepção, o processo penal é instrumento de combate à criminalidade, principalmente a grave, cujos institutos devem ser postos à disposição da jurisdição para a consecução de uma “justiça criminal eficaz”, o que encontra respaldo numa concepção instrumental de processo, entendido como instrumento do juiz para, identificando as necessidades sociais, obter a pacificação social pela aplicação do direito ao caso concreto.

A conveniência da instrução passa a ser o norte para a determinação dos critérios judiciais de produção, influenciando, sobremaneira, todo o regramento constitucional e legal do instituto da prova que passa a sofrer a funcionalização e a flexibilização dos seus conteúdos em vista da máxima eficiência na apuração do crime, do que sobressai a flexibilização das proibições de prova.

O tema ganha ainda maior relevância com a chamada “Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro”, que passou, por força da Lei 11690, de 9 de junho de 2008, a prever exceções à inadmissibilidade da prova ilícita.

O objetivo do presente estudo se assenta exatamente na compreensão das proibições de prova e de sua flexibilização, indagando acerca da compatibilidade com o Processo Constitucional no Estado Democrático de Direito.

Neste intento, inicialmente abordaremos o Processo Constitucional e o modelo constitucional do processo, esclarecendo as suas premissas, de modo a demonstrar que o processo, no Estado Democrático de Direito, é constituído por uma base principiológica vinculativa de todos os procedimentos estatais e se caracteriza como instrumento de garantia dos direitos fundamentais e de participação dos interessados nas tomadas de decisões.

Sob essa base democrática de processo, procederemos a uma ressemantização da prova, buscando desvinculá-la, por outra compreensão de contraditório e de sua vinculação à fundamentação das decisões, de concepções que reputamos assentadas da discricionariedade judicial que a entendem como a influência no sentimento do julgador, não valorizando a participação das partes na elaboração do conteúdo do provimento.

A partir da concepção do processo como garantia dos direitos fundamentais e da prova como argumentação das partes condicionante da decisão, estudaremos as proibições de prova, valendo-nos, inclusive, do seu estudo nos sistemas americano e alemão, que mais influenciam o brasileiro no que tange o tema.

Veremos que os sistemas de proibição de prova estão diretamente conectados à finalidade processual de garantia dos direitos fundamentais, servindo como um limite intransponível à persecução criminal, integrando-se no devido processo legal estruturado sob os influxos do processo, no que se insere a cláusula prevista no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição brasileira de 1988 que determina: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” (BRASIL, 2010, p. 21)

Após analisarmos as justificativas para a flexibilização das proibições, com destaque para a persecução criminal com interesse estatal, abordaremos as técnicas de descontaminação e de aproveitamento das provas ilícitas importadas para o sistema brasileiro, para, em seguida, confrontar individualmente os seus fundamentos à luz do modelo constitucional de processo.

Para além das críticas individualmente feitas a cada técnica adotada, estabeleceremos, para verificação da compatibilidade em estudo, a uma confrontação direta da flexibilização das proibições de prova com o modelo constitucional do processo, destacando o conteúdo do direito à prova, a importância da procedimentação e o abandono à verdade real, apresentado, ao final, as nossas conclusões.

A preocupação está em se construir um processo penal condizente com as suas especificidades, a partir dos ditames da Constituição e do processo, nos quais, no Estado Democrático de Direito, está equilibrada a tensão Estado-indivíduo.

A dificuldade está, assim, em superar a política criminal do inimigo, mitigadora das garantias do acusado, vistas como entraves à realização dos interesses coletivos, pelo entendimento de que o processo penal tem como finalidade precípua a efetivação dos direitos fundamentais, com o que estaremos realizando o nosso projeto constitucional e construindo um processo verdadeiramente democrático.

## 2. PROCESSO CONSTITUCIONAL

### 2.1. Constituição e Processo

O desenvolvimento do constitucionalismo no século XVIII é marcado pelo reconhecimento da existência de um espaço intangível do indivíduo pelo Estado, consistente em uma série de direitos preexistentes que resultariam da própria condição de homem<sup>2</sup>.

Esse movimento de reconhecimento foi marcado pela Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e pela Declaração Francesa (1789), positivando direitos tidos como fundamentais, antes apenas apontados sob o ponto de vista filosófico ou político, destacando um significado de universalidade do seu conteúdo e de exigibilidade frente ao Estado<sup>3</sup>.

As Constituições que se seguiram passaram a enunciar esse núcleo intangível, trazendo em seus textos um rol de direitos fundamentais, com a função de traçar os limites de atuação e de intervenção estatal.

As Constituições passam a ser, assim, o *locus* de estabelecimento das regras essenciais acerca da estruturação, funcionamento e organização do poder, traçando limites à atuação estatal, o que constituiria o ponto central do denominado Estado de Direito, no que a previsão dos direitos fundamentais desempenha papel central. (BONAVIDES, 1999).

Os direitos fundamentais, com o reconhecimento da normatividade das normas inseridas na Constituição, passam, doravante, a vincular a atuação do Estado em todas as suas funções: Executiva, Legislativa e Jurisdicional.

Para exercer essa vinculação de modo efetivo, passou-se, nas Constituições do século XX, à estruturação de garantias e de ações constitucionais e à consagração de princípios de direito processual em sede constitucional.

---

<sup>2</sup> “Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar da necessidade dos cidadãos.” (MENDES *et al*, 2009, p. 267)

<sup>3</sup> Sobre as justificações filosóficas do fundamento dos direitos fundamentais, esclarece Paulo Gustavo Gonet Branco que: “Assim, para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são idéias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas.” (MENDES, *et al*, 2009, p. 269). Para Sarlet: “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade humana.” (SARLET, 1998, p. 109).

Pretendia-se, de um lado, a preservação da Constituição e de sua autoridade, e, de outro, a realização dos direitos fundamentais, pois nas lições de José Alfredo de Oliveira Baracho: “Ela [a garantia da Constituição] não se efetiva apenas pelo puro e simples sentimento e lealdade constitucional ou de seu equilíbrio espontâneo, mas da existência de instrumentos que a efetivem.” (1999, p. 100).

As garantias se colocam, para efetivação dos direitos fundamentais, como “meios que a técnica jurídica moderna desenvolveu, em relação à regularidade dos atos estatais em geral” (BARACHO, 2008, p. 23).

Reconheceu-se que não bastava apenas a inscrição de uma série de direitos fundamentais nas Constituições, dependentes de uma complementação legislativa que lhes dotasse de eficácia, meramente programáticas, sendo necessário haver um sistema de garantias que resguardasse a própria Constituição e, também, concretizasse os direitos nela inscritos.

Essa relação Constituição e Processo se reforçou ainda mais após a 2ª Guerra Mundial, no chamado período de “reconstitucionalização”, amparado no reconhecimento da supremacia e da força normativa da Constituição. (BARROSO, 2009).

As garantias são colocadas como instrumentos de atuação e fiscalização dos atos estatais, vinculados à estrita constitucionalidade no desempenho de suas funções, sob pena de ilegitimidade de seus provimentos.

Nesse cenário passa o Judiciário a desempenhar uma função de relevo, incumbido do que se denominou Jurisdição Constitucional, assentada, segundo Marcelo Cattoni (2000), em dois grandes setores de atuação, a garantia de direitos fundamentais, chamada Jurisdição Constitucional das Liberdades, e a garantia da Constituição, relativamente ao controle de constitucionalidade das leis.

Se inicialmente a preocupação foi com o reconhecimento dos direitos, estabelecendo aquilo que se chamou de liberdades individuais, enquanto núcleo intangível pela intervenção estatal, passou a se preocupar com a concretização desses direitos. Nisso se estabeleceu a conexão entre Constituição e Processo, sendo este a principal via de proteção e concretização das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, ou seja, a precípua garantia constitucional de resguardo e promoção dos direitos. (DEL NEGRI, 2008).

A inserção dos princípios processuais no texto constitucional se deveu, portanto, a uma preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais, carentes de concretude, de exigibilidade, principalmente diante do Estado, de maneira que a inscrição de princípios de cunho processual no corpo da Constituição, dotada de supremacia e de força normativa, passa

a vincular toda a atuação estatal, administrativa, legislativa e judicial, assegurando a legitimidade de seus provimentos.

É possível encontrar, portanto, em todas as Constituições diversos princípios de natureza processual, vinculativos das funções estatais, consagrando a posição do processo enquanto garantia de realização dos direitos fundamentais.

Nisso se insere a Constituição brasileira de 1988, reconhecida pelo extenso rol de direitos fundamentais, traz, paralelamente, na evidente preocupação de proteção e promoção desses mesmos direitos, também inúmeros princípios e regras processuais, a exemplo do artigo 5º, inciso LVI, que prevê a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, base constitucional do sistema de proibições de prova no ordenamento jurídico brasileiro, como abordaremos.

Avança, portanto, no sentido da aplicabilidade direta de seus dispositivos, para além de um mero conjunto de programas e de recomendações ao legislador infraconstitucional. (BARROSO, 2005).

A Constituição brasileira de 1988 teve, por isso, o condão de sedimentar o papel do processo enquanto instrumento de garantia na tutela dos direitos fundamentais, no intuito de alcançar a máxima efetivação dos preceitos constitucionais, compondo o processo como um “essencial sistema de proteção dos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade.” (BRÊTAS, 2004, p. 111).

A vinculação Constituição e Processo representa, deste modo, a vinculação entre direito e garantia, entre reconhecimento e efetivação de direitos, compondo o Processo Constitucional.

A atuação do Estado, em atenção ao sistema de garantias estabelecido pela Constituição, se dá pelo processo, sob a orientação e influxos diretos de uma série de princípios processuais constitucionais, que orientam os procedimentos administrativo, legislativo e jurisdicional, em proteção dos indivíduos contra lesões ou ameaças a direitos, bem como de resguardo dos ditames constitucionais. (BARACHO, 2008).

O que temos é um Processo Constitucional enquanto instrumento de garantia, cuja estrutura é informada por princípios previstos na Constituição, assegurando as condições institucionais para atuação estatal e incidência do direito.

É nesse sentido as lições de Ítalo Andolina, apesar de limitada à função jurisdicional, de que “o processo jurisdicional coloca-se ao centro de toda a estrutura de atuação das garantias constitucionais.” (ANDOLINA, 1997, p. 65). Não o processo jurisdicional, mas o

Processo Constitucional, enquanto condensação principiológica, vinculativo de todas as funções estatais, é o centro de toda a estrutura de garantia.

Encontramos, em alguns, um desvio de perspectiva, não valorizando o núcleo dessa aproximação, isto é, a concretização dos direitos fundamentais pela via do processo, de modo que não reconhecem a formação de um Processo Constitucional como garantia constitucional de implementação de direitos e de legitimação dos atos estatais.

Assim é que, em abordagem do tema, Cintra, Grinover e Dinamarco (2006, p. 85) entendem por processo constitucional “a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo” e a “jurisdição constitucional”, correspondendo apenas a uma “condensação metodológica e sistemática dos princípios”, “um ponto-de-vista metodológico”.

Não se trata de apenas uma mudança topográfica das normas processuais dos Códigos para as Constituições. O Processo Constitucional, decorrente da conexão Constituição e Processo, representa muito mais do que a condensação no texto constitucional de uma série de princípios e regras de natureza processual. Representa, em verdade, uma completa mudança da própria noção de processo, antes apenas instrumento da jurisdição para realização de fins diversos, passando a ser instrumento precípua de realização de direitos fundamentais<sup>4</sup>.

Descabida, nesse sentido, a distinção que se costuma fazer entre Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional, pois todo processo é constitucional e todo processo constitucional está comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001).

O processo colocado como mero instrumento da jurisdição, centralizado na pessoa do juiz, agindo por convicções íntimas e comprometido com a realização de uma justiça retórica e de uma pacificação social pelo atendimento de escopos metajurídicos, está desconectado da necessária realização dos direitos fundamentais, quebrando a vinculação existente entre Constituição e Processo, desconfigurando, assim, o Processo Constitucional, notadamente pela mitigação dos princípios que o compõem, em nome daquelas finalidades.

No caso brasileiro, a formação do Processo Constitucional se insere em um movimento ainda maior, o Estado Democrático de Direito, compromissado com a concretização dos direitos fundamentais e também com a abertura para participação democrática nas tomadas de decisões.

---

<sup>4</sup> “Vê-se, assim, que o processo não possui o escopo primário de garantir paz social. Esta deve ser tutelada pela lei, e não pela judicatura (aplicação do direito já tutelado na lei ao caso concreto)”. (ARAÚJO, 2003, p. 103.)

“Começa a ser construída uma nova síntese: o Estado Democrático de Direito. Os direitos e garantias individuais e os direitos sociais se integram no conjunto dos direitos fundamentais. (...) A constituição, além das normas, incorpora princípios que passam a integrar o ordenamento jurídico e a balizar a ação do poder público nas esferas administrativa, judicial e legislativa. Aprofunda-se o debate sobre a aplicabilidade e a eficácia das normas e princípios constitucionais, ganhando novos contornos e possibilidades o devido processo legal e o modelo constitucional do processo.” (ANANIAS DE SOUZA, 2000. p. 36-37).

No Estado Democrático de Direito há a exigência de observância estrita e de efetivação dos direitos fundamentais pelo Estado e de inclusão dos interessados na estrutura decisória, o que se dá pela atuação estatal em conformidade com a estrutura normativa delineada pelo Processo Constitucional.

Não há espaço para doutrinas processuais que acarretam a exclusão das partes e a mitigação, e até violação, de direitos fundamentais em nome de escopos metajurídicos<sup>5</sup>, pois a legitimidade decisória no Estado Democrático de Direito está na participação dos interessados na construção da decisão, estabelecendo um espaço democrático, sempre preocupado com o resguardo os direitos fundamentais. (DEL NEGRI, 2009)

O Processo Constitucional, enquanto instrumento de garantia, estruturado por princípios processuais previstos na Constituição, assegura as condições institucionais para atuação estatal e incidência do direito, a necessária comparticipação dos indivíduos e a realização dos direitos fundamentais, concretizando o Estado Democrático de Direito pela efetivação da dignidade da pessoa humana.<sup>6</sup>

O que se pretende no Estado Democrático de Direito é “uma ordem política livremente estabelecida pela vontade do povo de modo que os destinatários das normas legais podem, ao mesmo tempo, se reconhecer como os autores da lei”. (HABERMAS, 1995, p. 92).

Com isso, não há mais espaço para atuação isolada do juiz, no caso do procedimento jurisdicional, na determinação e aplicação da norma no caso concreto, exigindo-se a observância de um procedimento participativo e discursivo na elaboração da decisão.

---

<sup>5</sup> “Observe-se que, com o advento da Constituição de 1988, o *processo civil* sofreu uma processualização em suas bases patriarcais, abalando a sua estrutura de apoio ao regime ditatorial instituído no país de 1964 a 1988. Esse fenômeno é que merece reflexão demorada, isto é: o Brasil declara-se, em 1988, Democrático de Direito, enquanto que seus órgãos judicantes (decisores) e a quase totalidade das faculdades de Direito continuaram engastados na ideologia bülowiana e kelseneana de produção e operacionalização do direito”. LEAL, 2008, p. 257.

<sup>6</sup> Reconhecendo a importância dos princípios processuais na concretização do que chamou de “moderno Estado Democrático de Direito” temos Gilmar Ferreira Mendes que, denominando-os de direitos fundamentais de caráter processual, reconhece encontrarem-se na base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático: “Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica.” MENDES, 2004, p. 118.

Torna-se incompatível a figura de um juiz comprometido com a pacificação social, que tem o processo como instrumento de realização de escopos alheios aos delineados, como se pudesse, por atributos próprios, realizar a justiça social que se anseia. (DINAMARCO, 1998). Supera-se a posição de proeminência do julgador na sua atuação isolada em busca da realização de escopos metajurídicos, abrindo-se à atuação direta dos interessados na elaboração do provimento. (NUNES, 2008).

O processo, portanto, é garantidor do direito de participação dos interessados e das condições procedimentais para isso, tudo em vista a efetivação de direitos fundamentais, permitindo concluir com Aroldo Plínio Gonçalves que:

“A finalidade do processo jurisdicional é, portanto, a preparação do provimento jurisdicional, mas a própria estrutura do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes, dá a dimensão dessa preparação: como a participação das partes, seus destinatários, aqueles que terão os seus efeitos incidindo sobre a esfera de seus direitos.” (1992, p. 171.).

## **2.2. Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal**

A existência de um núcleo principiológico estruturante do direito processual inserido na Constituição, vinculativo de todo o procedimento de atuação jurisdicional, legislativa ou administrativa do Estado, para assegurar a concretização dos direitos fundamentais e a participação efetiva dos interessados, estabeleceu um verdadeiro modelo constitucional de processo (ANDOLINA, 1997), compreendido nas lições de Dierle Nunes como uma:

“estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada por princípios processuais constitucionais dinâmicos, o que permitirá um controle formal e material das decisões e fornecerá os elementos constitutivos de seu conteúdo, mediante o fluxo discursivo de todos os participantes (do imparcial e dos parciais).” (2008, p. 196).

Esse modelo, estruturado na Constituição, é uma base principiológica composta pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e da participação de um terceiro imparcial, que agem em codependência, caracterizando o processo como garantia, aplicável de modo vinculativo a todo procedimento, assegurando a democrática participação dos interessados no provimento e a concretização dos direitos fundamentais. (BARROS, 2009a).

A principal característica da instituição desse modelo de processo em bases principiológicas constitucionais é o estabelecimento de uma procedimentalidade racional, afastada de juízos de oportunidade e de discricionariedade que excluem os interessados do discurso, abrindo para a ampla fiscalidade dos atos e testificação dos argumentos de justificação e aplicação do direito.

Esse modelo constitucional de processo norteia o estabelecimento das condições procedimentais em bases democráticas, garantindo as condições necessárias aos interessados de participação e de uma racionalidade discursiva na formação do provimento, compreendido como o devido processo legal. (BRÊTAS, 2004).

A estrutura normativa procedimental estabelecida em atenção ao modelo constitucional de processo tem, portanto, como finalidade, permitir a construção participada do provimento e proteger os direitos fundamentais. Devido processo legal, em bases democráticas, é garantia dos indivíduos de aplicação democrática do direito.

Nessa noção de devido processo legal não há espaço para a distinção entre devido processo formal (*procedural due process*) e devido processo material (*substantive due process*) estabelecida para distinguir as finalidades de um e outro. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002).

O Estado, no desempenho de suas funções constitucionais, somente atua por intermédio dessa estrutura normativa, estabelecida em consonância com os princípios processuais constitucionais, sob pena de ilegitimidade de seus provimentos. (LEAL, 2008).

Assim também o é em relação à função jurisdicional, vista por Marcelo Cattoni (2001, p. 160) como “a atividade, o poder público-estatal que se realiza através de discursos jurídicos processualmente institucionalizados de aplicação jurídico-normativa”, de modo que a aplicação da norma jurídica pelo juiz na sentença decorre da reconstrução argumentativa com a contribuição das partes, sob os influxos diretos daquela base principiológica.

O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, se coloca, destarte, como forma constitucional adequada, pela direção dos princípios processuais, de participação na construção do provimento estatal.

O Processo Constitucional, como garantia de efetivação dos direitos fundamentais e de legitimação dos atos estatais, pelos princípios constitucionais processuais que formam o modelo constitucional de processo (devido processo constitucional), condicionam a estrutura normativa de atuação estatal (devido processo legal), assegurando a necessária participação dos afetados pelo provimento.

Evidentemente que o Processo Penal, na composição de seus institutos e de seu procedimento, é afetado por essa base principiológica prevista na Constituição, a partir da qual deve (re)estruturar-se, tendo sempre em vista as suas especificidades, decorrentes da natureza do seu provimento e dos direitos fundamentais em garantia, estabelecendo-se como microssistema. (BARROS, 2009a).

Essa adequação é possível pelas características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade das normas constitucionais, permitindo um modelo constitucional de processo com tipologia plúrima, conformadora dos microssistemas. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997)

A expansividade decorre da superioridade hierárquica das normas constitucionais em face das ordens infraconstitucionais, de modo a condicionar, pelo seu modelo de processo, os procedimentos nelas criados. A variabilidade autoriza a adequação desses às suas especificidades, desde que dentro dos limites delineados constitucionalmente. E, por fim, a perfectibilidade permite o contínuo aperfeiçoamento dos microssistemas com evolução da interpretação constitucional. (ANDOLINA; VIGNERA, 1997).

Nessa linha, especificamente sobre o processo penal, Flaviane de Magalhães Barros esclarece:

“Desse modo, a base principiológica uníssona, consolidada pelo contraditório, ampla argumentação, fundamentação da decisão e o terceiro imparcial, precisa ser interpretada sem desconsiderar o princípio constitucional da presunção de inocência e a garantia das liberdades individuais dos sujeitos, justamente em virtude das características do próprio modelo, que são a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade.” (BARROS, 2009b, p. 16).

Os institutos e procedimentos processuais penais devem, portanto, sob pena de inconstitucionalidade, por infringência ao modelo constitucional de processo, atender àquela base principiológica, com os delineamentos impostos pelo princípio da presunção de inocência e pela necessidade de garantia às liberdades do acusado.

O compromisso do processo penal, desta forma, não pode divergir daquele presente no Processo Constitucional de garantia dos direitos fundamentais e da participação efetiva dos interessados na co-elaboração do provimento, vez que a ele se integra e por ele é estruturado.

Desserve para a concretização dessa postura constitucional do processo qualquer visão autoritária do processo penal, que funcionaliza os seus institutos e procedimentos a fim de uma “justiça penal” eficaz, entendida como máxima repressão ao delinquente.

A estruturação do processo penal a partir da base principiológica do modelo constitucional do processo, comprometido com a presunção de inocência e com a garantia dos

direitos fundamentais do acusado, impõe limites intransponíveis à persecução criminal, não mais comprometida com a busca da verdade.

A atuação dos órgãos de persecução está condicionada aos estritos termos do devido processo legal, desenhado sob os influxos dos princípios processuais constitucionais, estabelecendo barreiras insuperáveis em nome da garantia dos direitos fundamentais do acusado, finalidade precípua do processo penal no Estado Democrático de Direito.

A ideia de uma persecução criminal despida de qualquer limite, ou capaz de superar qualquer limite, em prol da rápida e correta apuração do fato, compromete o contraditório, a ampla argumentação, a fundamentação das decisões e a imparcialidade no julgamento, exigindo-nos uma revisitação ao instituto da prova à luz do processo penal democrático, comprometido com a garantia dos direitos fundamentais do acusado e com a estruturação de um espaço de ampla argumentação e refutação aos interessados.

### 3. RESSEMANTIZAÇÃO DA PROVA

#### 3.1. A Prova como Base Argumentativa

A prova é o “*centro della scienza penale*” (LEONE, 1956, p. 323). Essa afirmação de Giovanni Leone revela a importância da exata compreensão do instituto em toda a sua extensão, inclusive e especialmente no que concernem as suas limitações, como pretende este estudo.

Inserida no devido processo legal, a regulamentação da prova é posta com a finalidade de assegurar o respeito às liberdades individuais, impondo-se como o principal limite à persecução criminal, sem comprometer o interesse na apuração do fato, conjugando uma dupla função, coletiva e individual, como destacado por Mittermaier:

“Os motivos, que guiam o legislador a traçar as regras da prova, são os mesmos motivos gerais que presidem toda a organização do processo criminal. São: 1º) o interesse da sociedade, a necessidade de punição de todo o culpado; 2º) a proteção devida às liberdades individuais e civis, que por efeito do processo criminal podem ser gravemente comprometidas; 3º) por último e como consequência, a necessidade de nunca castigar um inocente”. (1996, p. 14)

Revela-se, por isso, verdadeira garantia a todo acusado e à sociedade da devida apuração do fato (aspecto positivo) sem arbítrios e violações de liberdades individuais (aspecto negativo).

A prova se coloca, portanto, como parâmetro legal de delimitação da persecução criminal, enquanto interesse legítimo da sociedade e do acusado, dotando a atividade estatal de legitimidade suficiente e compondo, assim, a tensão Estado-indivíduo.<sup>7</sup>

Essa delimitação da persecução criminal do Estado pela prova está em consonância com o Estado Democrático de Direito e com o modelo constitucional de processo, propostos

---

<sup>7</sup> A tensão presente no processo penal entre sociedade e indivíduo, vistos, respectivamente, enquanto eficácia da coerção penal e proteção dos direitos individuais do réu, é tratada por diversos autores, sendo, inclusive, utilizada por alguns para distinção dos sistemas inquisitório (coercitivo) e acusatório (liberal). Assim Aury Lopes Júnior (2003, p. 1), Alberto Binder (2003, p. 32) e Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2009, p. 24), advertindo estes últimos, acompanhando lição de Binder, que: “Procura-se, assim, desesperadamente, um ponto de equilíbrio, pois em um Estado Democrático e de Direito, como o nosso, os fins nunca justificam os meios, devendo, portanto, a eficácia da coerção penal ser buscada com ética e respeito ao conteúdo mínimo dos direitos e garantias fundamentais.” (2009, p. 24). A prova não fugiu a essa dicotomia, bem como à recomendação dos autores.

pela Constituição brasileira, sob pena de violar a sua posição de guardião, colocando-se em contrariedade com o ordenamento jurídico.

A prova se coloca por tudo isso no centro do processo penal, assumindo a importante função de delimitador da atividade persecutória estatal, condicionando a legalidade do procedimento de reconstrução do fato e a legitimidade da decisão, nos moldes a se demonstrar, exigindo, por tudo isso, devida regulamentação jurídica em bases democráticas.

Não há mais espaço para concepções de teoria da prova vinculadas a ideias retrógradas que fomentam o decisionismo judicial, secundarizam a atuação das partes e permitem ao juiz a produção, a formalização e a valoração da argumentação com base em juízos de equidade, de oportunidade e de senso de justiça, tudo em nome de uma verdade real a ser encontrada sem limites aos meios de prova, divorciado, portanto, de conteúdos principiológicos do processo que orientam o devido processo legal.

A inserção da prova no âmbito do procedimento, como veremos, tornando-se parte deste, sob a orientação dos princípios do processo, é garantia de impessoalização da produção e da valorização da prova, não mais amparados em juízos de oportunidade do juiz.

Para isso, a determinação e fixação formal dos fatos, delimitando o campo decisório judicial no tempo-espaço do procedimento, devem ocorrer em conformidade com os critérios legais de produção e valorização da prova, sob os influxos dos princípios do processo, implicando numa “ressemantização teórica” do instituto. (LEAL, 2008, p. 202).

A ressemantização da prova passa pela sua conexão à cláusula constitucional do devido processo legal, entendido como estrutura procedimental esquematizada legalmente por conteúdos principiológicos processuais de produção, formalização e valorização da argumentação, assegurando a procedimentação das alegações, compatível com uma proposta democrática.

Nestes termos, no que consiste a prova?

A esta pergunta poderíamos citar inúmeras tentativas de definição, o que revela uma enorme dissonância doutrinária em torno do tema, preenchida aleatoriamente segundo o gosto de cada um por uma ou outra expressão, o que compromete o seu caráter regulador acima colocado, submetendo-se a influxos de oportunidade e discricionariedade.

Hélio Tornaghi (1959, p. 196-198), expondo essa diversidade, nos aponta quatro sentidos para prova: primeiro como conjunto de atos processuais; segundo como o resultado do procedimento; terceiro como qualquer elemento de convicção; e quarto como meios de prova.

A mesma percepção colhemos na doutrina estrangeira, como vemos em Vincenzo Manzini (1970, p. 198, tradução nossa), que tendo a prova como atividade processual de obtenção de certeza judicial, coloca que: “A lei processual penal usa o termo prova, não apenas no sentido expressado, mas às vezes também para indicar os meios de comprovação ou os resultados conseguidos com o emprego desses mesmos meios.”<sup>8</sup>

Para Hélio Tornaghi a prova é “o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar a convicção do juiz” (1959, p. 196); já para Frederico Marques é “a demonstração dos fatos em que assenta a acusação e daquilo que o réu alega em sua defesa” (1997, p. 253); para Grinover, Fernandes e Gomes Filho é “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos” (2004, p. 141); para Aury Lopes Júnior “as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)” (2008, p. 489).

Essa pluralidade de significados também é percebida em diversos dispositivos do Código de Processo Penal Brasileiro. No sentido de ato processual temos o artigo 156 quando dispõe que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”; como resultado da atividade das partes temos o artigo 155 ao dispor que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”; como elemento de convicção temos o artigo 6º, inciso III, ao dispor que a autoridade policial deverá “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento; como o ato de demonstração temos o artigo 11 ao prescrever que “os instrumentos do crime, bem como os objetos, que interessarem à prova acompanharão os autos do inquérito”; no sentido de elemento de prova temos o artigo 18, segundo o qual “a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia; como meio temos o inciso I, do artigo 156, ao autorizar a “produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.” (BRASIL, 2010)

Talvez toda essa dificuldade se deve ao que Carnellutti (1950, p. 12, tradução nossa) definiu como “pobreza de linguagem”, denunciando que “sofremos pela pobreza da linguagem (e basta pensar no absurdo de conter o mundo em um vocabulário!), uma mesma palavra se emprega para significar coisas diversas.”<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> “La ley procesal penal usa por lo demás del término de prueba, no solo en el sentido expressado, sino a veces también para indicar los medios de comprobación o los resultados conseguidos con el empleo de esos mismos medios.”

<sup>9</sup> “soffriamo pela povertà del linguaggio (e basta pensare all’assurdo del contenere il mondo in un vocabolario!), una stessa parola si adopera per significare diverse cose”

Discordamos, entretanto, que a “distinção entre fontes, meios e elementos de prova não tem importância científica essencial, e praticamente não tem nenhuma.”<sup>10</sup> (Manzini, 1970, p. 208, tradução nossa).

Como adverte Carnellutti (1950, p. 31, tradução nossa): “Questão de nome. Uma vez disse também, como me haviam ensinado: importa pouco. Agora, inclino-me a reconhecer cada vez mais o valor das palavras.”<sup>11</sup>

A distinção possui relevo na correta regulamentação legal da matéria, especialmente por relacionar-se à delimitação da persecução penal por parte dos órgãos estatais, e, principalmente, para a exata compreensão do conteúdo das proibições de prova em todos os seus aspectos.

Portanto, em busca daquela ressemantização que atenda ao modelo constitucional de processo, provar, não pode mais ser entendido apenas como um mero exercício de influência na livre convicção judicial ou de apuração da verdade, mas como o exercício de argumentação das partes no tempo-espaço do procedimento, segundo os conteúdos principiológicos decorrentes do processo, que delimita o campo decisório e de atuação do juiz.

É o que compreendemos quando Rosemiro Pereira Leal afirma que “provar não quer dizer a demonstração da verdade dos fatos articulados, mas ‘determinar e fixar formalmente os fatos’” (2008, p. 198).

Se provar, como queremos, é a formal argumentação das partes, a prova vem a ser justamente o seu conteúdo, consubstanciando-se na base de argumentação das partes e, conseqüentemente, da decisão judicial.

Com isso, centraliza-se a atividade probatória nas partes, oportunizando-lhes um espaço de ampla argumentação e refutação, como exige o modelo constitucional de processo, sem comprometer o interesse na apuração do fato, condicionado à observância do devido processo legal.

Relativamente às demais categorias que circundam a prova e com elas são confundidas, ou seja, os elementos, meios e instrumento de prova, é possível estabelecer uma distinção a partir das lições de Rosemiro Pereira Leal (2008) acerca dos princípios da indiciariedade, da ideação e da formalização, fundamentais para a integração da argumentação na cadeia procedimental.

---

<sup>10</sup> La distinción entre fuentes, medios y elementos de prueba no tiene importancia científica esencial, y prácticamente no tiene ninguna.

<sup>11</sup> “Questione di nomi. Una volta avrei ditto anch’io, come mi avevano insegnato: importa poco. Adesso, inclino a riconoscere sempre più il valore delle parole.”

A indiciariedade significa a identificação, a percepção, de elementos da realidade a serem transpostos, objetivados, para o procedimento, de maneira a permitir sua futura valorização na decisão, atendendo ao brocardo “ex autis, ex mundi”.

A partir dessa noção podemos definir o elemento de prova enquanto um dado da realidade, identificável pelos sentidos, relevante para a argumentação das partes. (LEAL, 2008)

Exemplificando, para melhor compreensão, podemos citar os vestígios do crime, como o cadáver, a ser submetido à perícia, conforme determina o artigo 158, do Código de Processo Penal.

A ideiação, por sua vez, compreende o modo de coleta do elemento, objetivando-o, isto é, apreendendo-o da realidade sensorial. Enquanto o elemento está para ser transposto da realidade sensorial para o procedimento, o meio é o modo de transposição.

Disso inferimos os meios de prova como as técnicas legalmente previstas de transposição, de apreensão, do elemento de prova para o procedimento. (LEAL, 2008). São, assim, os modos legalmente admitidos de coleta do elemento de prova. No caso exemplificado, é o exame de corpo de delito, direto ou indireto, a teor do mesmo artigo 158.

Por fim, a formalização é o registro gráfico do elemento colhido da realidade pelo meio, dando-lhe uma roupagem, isto é, uma realidade formalizada.

Teremos aqui o instrumento de prova, ou seja, o documento presente nos autos do procedimento representativo de uma realidade (elemento de prova) transposto para o procedimento conforme as técnicas admitidas em lei (meio de prova). (LEAL, 2008). No exemplo utilizado, seria o laudo pericial, elaborado conforme as regras do artigo 159 e 160, do Código de Processo Penal.

O instrumento de prova revela-se fonte de prova para fins de análise e julgamento do caso, uma vez que o julgador deve se ater ao conteúdo probatório existente nos autos, conforme o princípio da persuasão racional, adotado pelo artigo 155, do Código de Processo Penal.

O entendimento sobre essas categorias é fundamental, pois a formação da prova passa por elas, necessárias para a inserção da argumentação na cadeia procedimental, de modo a restringir os espaços de discricionariedade na produção e valorização da prova, pelo estabelecimento de “limites físico-hemenêuticos de ordenação cronológica (autos) dos elementos e instrumentos de prova.” (LEAL, 2008, p. 206).

A procedimentação da prova se dá, portanto, a partir das lições de Rosemiro Pereira Leal, através do que denominou de “ciclo mutativo da prova”, que conjuga as três categorias

de modo que “a prova se opera num **clico mutativo** (metamorfósico) infindável em que os **instrumentos** de prova transformam-se em **novos elementos** de prova que, pela atuação dos **meios** de prova, produzem **novos instrumentos de prova**” (2008, p. 197), permitindo a dialeticidade necessária para atendimento ao princípio do contraditório.

Estabelece-se, desta forma, uma conexão direta entre a prova, como argumentação das partes no tempo-espaço do procedimento, e o contraditório e ampla argumentação, garantindo a participação das partes na formação do provimento pela sua vinculação à fundamentação das decisões.

Portanto, toda a argumentação empreendida na estrutura do procedimento, reconstruindo formalmente os fatos, deve orientar-se obrigatoriamente pela atuação paritária dos interessados, isto é, em contraditório e com ampla argumentação, consagrando a posição de que a “argumentação jurídica através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada está submetida à garantia processual de participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, p. 165).

### **3.2. A Prova e o Princípio do Contraditório**

Visto que a ressemantização da teoria da prova passa pela conexão a conteúdos principiológicos do processo que condicionam a estruturação legal de todo o procedimento, inclusive e especialmente de produção da prova, com destaque para o princípio do contraditório, cumpre a melhor compreensão desta vinculação.

Afasta-se aqui a ideia de contraditório como o limitado direito de informação e reação, consubstanciado na concepção da audiência bilateral (MENDES DE ALMEIDA, 1973), tendo-o como direito de participação efetiva, em simétrica paridade, na construção da decisão final. (GONÇALVES, 1992).

Nesse viés, o processo no Estado Democrático de Direito, enquanto instrumento de garantia e promoção dos direitos fundamentais, implica, pela cláusula do contraditório, na participação das partes na reconstrução do caso concreto e na dedução de pretensões, nos limites do espaço-tempo do procedimento, integrando-o, e, a partir disso, servindo como condição de legitimidade do ato decisório final, não mais individual do juiz, mas coletivo por todos os interessados, caracterizando o princípio como:

“referente lógico-jurídico do **processo** constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo **direito-garantia** de se manifestarem. (LEAL, 2008, p. 97)

Estabelece-se a partir do contraditório, portanto, uma diferença necessária entre uma concepção autoritária e outra democrática de processo, que são reflexos diretos do modelo de Estado<sup>12</sup> adotado, autoritário ou democrático, cuja principal diferença está na forma como a relação Estado-indivíduo é composta, o que, por certo, reflete no modo como a prova é produzida e valorizada, “sendo tão mais democrático quanto o sejam as garantias observadas para que haja a sua aceitação no processo, o que evidencia idêntico respeito pela cidadania reconhecida em favor dos indivíduos vinculados a esse determinado Estado” (SOUZA, 2009, p. 21).

No Estado autoritário, como destacado por Jorge de Figueiredo Dias (1987) o acusado é tido como objeto da inquisição, de modo que não goza de garantia de participação ativa no processo, onde impera a discricionariedade do julgador, tudo para prevalecer o interesse estatal.

Por seu turno, no Estado democrático, sendo democracia entendida “como um processo de tomada de decisões coletivas” (DEL NEGRI, 2008, p. 83), não há espaço para o discurso de autoridade, exigindo a abertura para uma argumentação racional por todo indivíduo, legitimados, assim, para, por meio do processo, procederem à criação e aplicação do direito e à correição e fiscalização da atuação estatal.

A democracia representa a inserção do povo nas tomadas de decisões, elevando-o à categoria de ator principal<sup>13</sup>, de maneira que se passa “do governo de uma classe, ao governo de todas as classes” (BONAVIDES, 2004, p. 43).

A democracia moderna avançada não se limita a uma técnica jurídica de elaboração e promulgação de textos de normas, mas no reconhecimento do povo como legitimador da totalidade do Estado, permitindo a manutenção da estrutura de legitimação que toda e qualquer atividade estatal demanda.

---

<sup>12</sup> “Os princípios da política processual de uma nação não são outra coisa senão os segmentos de sua política estatal em geral. Pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição.” (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 71)

<sup>13</sup> “a democracia participativa é a verdadeira democracia do Terceiro Milênio, onde o adjetivo *participação* passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção da (re)qualificação do povo, para além de mero ícone, catapultando-o, assim, para o cenário democrático como ator principal e não mais como mero coadjuvante, com aquele que está apto de fato a reivindicar sua posição proeminente em uma sociedade livre, solidária e justa” (RIBEIRO, 2009, p. 59)

Na medida em que todo o poder emana do povo<sup>14</sup>, é certo concluirmos que toda e qualquer atividade estatal, principalmente aquela que interfere na situação do indivíduo, somente se legitima com a efetiva participação dos interessados.

A elaboração de um processo penal democrático, portanto, exige a inclusão das partes no discurso e deve ter como finalidade precípua a realização dos direitos fundamentais, condizente com o Estado Democrático de Direito.

E quando se afirma que a prova é meio ou instrumento para convencer o julgador, está presente a ideia de uma decisão com base no senso íntimo, nas impressões pessoais, o que é inadmissível em um processo democrático, no qual a decisão é uma construção conjunta entre as partes e composta pelos elementos de prova procedimentalizados, conforme os princípios do processo, portanto, uma decorrência da argumentação realizada.

Por tudo isso que preferimos abandonar concepções de prova que desvalorizam o contraditório, secundarizando a atuação das partes em privilégio do juiz, passando a compreendê-la, como posto acima, como a argumentação das partes, delimitando o âmbito de julgamento.

O convencimento do julgador tem que se dar, desta forma, em bases objetivas, da mesma forma como a fundamentação das decisões, tudo a partir dos argumentos produzidos, em contraditório, no curso do procedimento.

O contraditório coloca-se, assim, como importante princípio informador da prova, exigindo que a argumentação seja elaborada em paridade pelas partes para que seja admitida na estrutura do procedimento e, conseqüentemente, exerça uma vinculação sobre a decisão judicial no que concerne a sua fundamentação.

Analisando o Código de Processo Penal brasileiro, já tivemos oportunidade de demonstrar a polissemia empregada na concepção da prova. Entretanto, a nova redação do artigo 155, dada pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, representou importante avanço<sup>15</sup> no tema, indo ao encontro das considerações feitas sobre o processo democrático e o contraditório.

O sistema de avaliação da prova antes da referida lei era encontrado no artigo 157 do Código de Processo Penal, limitando sua redação ao seguinte teor: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.” (BRASIL, 2010, p. 380).

---

<sup>14</sup> Art. 1º, Parágrafo único, da Constituição brasileira de 1988.

<sup>15</sup> A nova redação recebeu, contudo, muitas críticas, principalmente por continuar admitindo a utilização, ainda que não exclusivamente, dos atos informativos do inquérito na fase processual, bem como a ampliação da atuação judicial na fase pré-processual pela possibilidade de produção antecipada de prova, ainda que de ofício, como se colhe do artigo 156, inciso I, do CPP, conforme balizada posição de Flaviane de Magalhães Barros (BARROS, 2009b, p. 26-37)

Ainda que se reconheça neste dispositivo o princípio da persuasão racional, é evidente a carência na regulamentação do sistema de avaliação da prova, dando abertura para juízos de autoridade e discricionariedade do julgador, ao admitir que mesmo os fatos não alegados pelas partes sejam apreciados pelo juiz, o que expõe de modo claro a posição de coadjuvante daqueles.

Em comentários, a doutrina era unânime em afirmar a liberdade de avaliação da prova, desvinculada da produção pelas partes, não fazendo qualquer exigência no que tange a necessária participação das partes na construção da decisão, desconhecendo a incidência do contraditório nos moldes defendidos.

O avanço que destacamos com a nova redação dada pela Lei 11.690/ 2008, ao artigo 155, do Código de Processo Penal, é a previsão expressa da necessidade do contraditório no ato de prova, passando a dispor da seguinte forma: “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, 2010, p. 380)

O conceito de prova passa, com isso, a exigir o contraditório, consagrando uma diferença que já apontava certa doutrina com os denominados atos de investigação, produzidos na fase pré-processual, quando não há a exigência do contraditório, pelo que possuem âmbito restrito na formação da culpa, apenas servindo para o juízo de acusação, *opinio delicti*, do titular da ação penal<sup>16</sup>.

Abordando a mudança empreendida pela nova redação do artigo 155, Antônio Magalhães Gomes Filho destaca que:

“A Lei 11.690/2008, ao tornar explícita essa diferença essencial entre *prova* e *elemento informativo trazido pela investigação*, ressalta que a observância do contraditório é verdadeira *condição de existência* da prova. De fato, só podem ser consideradas provas, no sentido jurídico-processual, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação das partes, em contraditório.” (2008, p. 250)

---

<sup>16</sup> José Frederico Marques já advertia que: “As provas pessoais colhidas no inquérito, quando não renovadas em juízo, de quase nada valem, a não ser para reforço e esclarecimento de indícios e elementos circunstanciais do fato delituoso e respectiva autoria. É que, nessa fase preparatória de investigação, as provas são produzidas sem publicidade, e de maneira não contraditória e unilateral.”(1997, p. 283). Sobre o tema temos importante contribuição de Aury Lopes Júnior para quem “o inquérito policial somente gera atos de investigação e, como tais, de limitado valor probatório” (2008, p. 500) e em obra específica sobre a investigação preliminar pontua que: “podemos afirmar que os atos de investigação preliminar têm uma função endoprocedimental, no sentido de que sua eficácia probatória é limitada, interna à fase. Servem para fundamentar as decisões interlocutórias tomadas no curso da investigação, formalizar a impetração, amparar um eventual pedido de adoção de medidas cautelares ou outras medidas restritivas e para fundamentar a probabilidade de *fumus comissi delicti* que justificará o processo ou não processo.” (2006, 122)

A referência expressa ao contraditório indica uma exigência direta da incidência do princípio na regulamentação da prova em todas as suas fases, desde a proposição, passando pela procedimentação, até a valorização judicial.

Portanto, qualquer elemento inserido sem a observância do contraditório não é, assim, prova, e não pode ser utilizado pelo juiz para fins de motivação, o que consagra a vinculação entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais.

A formação da base argumentativa pelas partes deve se dar sempre em paridade e a sua apreciação não pode ocorrer acriteriosamente, embasada em modelos judiciaristas que colocam a cargo do senso de justiça e de oportunidade do magistrado sua produção e valorização, por incompatibilidade com uma teoria da prova consoante uma proposta democrática, o que nos leva, em complementaridade, à análise da valorização da prova.

### 3.3. A Prova e o Princípio da Fundamentação das Decisões

O procedimento probatório não se limita à produção da prova, havendo ainda sua valorização<sup>17</sup>, cuja compreensão também deve ser buscada a partir da cláusula do devido processo.

No item anterior, adiantamos a vinculação existente entre esses dois momentos, representando a conexão existente entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais, a significar as partes enquanto co-produtores (participação efetiva) do provimento final.

A compreensão dessa vinculação demanda uma pesquisa sobre os aspectos teóricos que envolvem a valorização da prova pelo juiz, em especial no que se refere à motivação das decisões judiciais.

A prova legal, a íntima convicção e o livre convencimento são os três sistemas de avaliação conhecidos, cuja adoção pelos ordenamentos jurídicos varia, conforme Hélio

---

<sup>17</sup> Empregamos valorização segundo lições de Rosemiro Pereira Leal que a distingue de valoração, no sentido que: “A valoração da prova é, num primeiro ato, perceber a existência do **elemento** de prova nos autos do procedimento. Num segundo ato, pela **valorização**, é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova para a formação do convencimento e o teor significativo de seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de inequívocidade material e formal.” (LEAL, 2008, p. 207)

Tornaghi (1959) nos adverte, por influxos de conveniências, costumes, regimes políticos, concepções jurídicas<sup>18</sup>.

Os juízos de deus não são colocados dentre os sistemas de avaliação por amparar-se em critérios místicos, em que a decisão sobre a culpa ou inocência de um acusado era manifestação do divino ou da natureza. Adotado consuetudinariamente, principalmente entre os povos germânicos, os juízos de deus se caracterizavam por submeter a decisão acerca da culpabilidade à interferência divina, na crença de que Deus interferiria em benefício do inocente. A culpa ou a inocência era uma questão de revelação<sup>19</sup>.

Os juízos de deus poderiam assumir as formas de ordálias, duelos e o juramento, sendo que nos dois primeiros acreditava-se que Deus interferiria em favor do inocente, superando ileso a prova corporal a que era submetido, ou vencendo o duelo, e no último sob a crença de que o perjúrio seria punido por Deus<sup>20</sup>.

Com relação aos métodos de avaliação referidos, costuma-se colocá-los em uma linha evolutiva no campo das garantias, iniciando pela prova legal, mais primitiva e perniciosa, passando pela íntima convicção até se chegar ao livre convencimento, enquanto o mais avançado.

Historicamente, a íntima convicção foi o primeiro método utilizado para avaliação das provas, decorrente, principalmente, da forma popular de julgamento adotada na Grécia e em Roma, principalmente durante a República.

Nesse sistema o julgador não depende mais de revelações divinas para verificar a culpabilidade, mas da livre apreciação das provas, sem quaisquer condicionamentos que tolham sua liberdade de valorização e de decisão. Inexistem, assim, diretrizes de sopesamento das provas que vinculam o julgador na decisão, podendo atuar conforme seu juízo individual na consideração de cada elemento trazido para o processo, que não encontram entre si qualquer tipo de hierarquia

Reside totalmente na consciência do julgador a decisão, sendo-lhe facultado, inclusive, decidir a partir de impressões pessoais, o que significa poder julgar mesmo sem prova e até

---

<sup>18</sup> “Não há como se aventurar a indicar o momento histórico em que cada um desses sistemas vigorou e tampouco se houve em algum momento histórico a aplicação pura de um deles, mais parecendo que ao longo do tempo o homem tem experimentado mutações nesses sistemas, em consonância como os movimentos filosóficos e religiosos que o influenciaram ao longo da história das civilizações.”(SOUZA, 2009, p. 107)

<sup>19</sup> Temos como exemplo o artigo 99 do Código de Manu: “Aquele a quem a chama não queima, a quem a água não faz sobrenadar, ao qual não sobrevém desgraça prontamente, deve ser considerado como verídico em seu juramento.

<sup>20</sup> Hélio Tornaghi (1959, p. 211, nota 18) esclarece que a Igreja Católica, e alguns príncipes cristãos, foram os principais responsáveis pelo fim dos juízos de deus, a exemplo do Papa Júlio II que, em 1505, o declarou ilícito, com movimentos desde o século IX no sentido de sua proibição.

contrariamente à prova presente nos autos, de modo que sequer lhe é exigido declinar as razões do seu convencimento. (MARQUES, 1998).

Interessantes são fragmentos colhidos por Tornaghi (1959, p. 213) entre escritos romanos, nos quais resta claro a liberdade do juiz diante do caso em julgamento. Exemplo é a resposta de Adriano a Valério Vero de que “não é possível, de maneira alguma, definir com regra predeterminada que é suficiente para a prova dos fatos...; “cumpre-te estimar por teu juízo íntimo o que deves crer ou o que, na tua opinião, está pouco provado.”

Isto não significa, entretanto, a completa inexistência de regras a respeito da avaliação das provas, carecendo de qualquer espécie de regramento. Havia no direito romano algumas regras, principalmente acerca dos testemunhos, como a qualificação dos indivíduos segundo sua credibilidade social, e da confissão, já vista como a rainha das provas, a que eram vinculados os juízes. (MITTERMAIER, 1996).

Mas diante da possibilidade de se decidir sem qualquer exigência de declinar as razões de convencimento, apenas *secundum conscientiam*, tais regras eram tidas apenas como orientações, cuja inobservância não gerava consequências.

A formação de um regramento vinculativo completo e sistematizado de avaliação da prova somente se encontrará mais tarde, feito no intuito de se limitar o poder discricionário do juiz, a exemplo da *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, sob o reinado de Carlos V, na Alemanha<sup>21</sup>.

Na lição de Mario Pisani *et al* (1997, p. 235, tradução nossa), no sistema da prova legal “o legislador fixa rigorosos parâmetros valorativos na lei, aos quais o juiz deve necessariamente ater-se e dos quais não pode absolutamente prescindir no momento de valoração da prova.”<sup>22</sup>

Substitui-se o sistema da certeza moral do juiz, que atuava *secundum conscientiam*, pela certeza moral do legislador, impingindo ao julgador uma atuação *secundum legis*<sup>23</sup>.

No sistema da prova legal a avaliação da prova pelo juiz está adstrita por um conjunto de regras legais impostas pelo legislador, decorrentes da experiência, da observação e da

---

<sup>21</sup> Mittermaier (1996, p. 21) destaca a contribuição do Direito Canônico na elaboração de um sistema legal de avaliação, no qual os juízes deveriam julgar conforme a lei e segundo uma análise jurídica da prova. No mesmo sentido Moacyr Amaral Santos (2009, p. 392).

<sup>22</sup> “il legislatore fissa rigorosi parametri valutativi nella legge, ai quali il giudice deve necessariamente attenersi e dai quali no può assolutamente prescindere nel momento di valutazione della prova”

<sup>23</sup> Em Mittermaier (1996, p. 17) colhemos a informação de que tal substituição decorre principalmente da adoção de julgamento monocrático pelos juízes, inclusive quanto aos aspectos fáticos, no lugar dos julgamentos populares, coletivos. Faz assim uma correlação entre o método de julgamento, coletivo/popular ou individual/jurídico, com o sistema de avaliação de prova, de maneira que o livre convencimento seria compatível com sistema de júri e a prova legal com o sistema monocrático.

equidade, cuja obediência se deve atender, inclusive no que concerne ao peso de cada prova para fins de decisão.

Impede-se, com isso, a discricionariedade do julgamento, não mais podendo o juiz decidir contrariamente à prova presente nos autos, mas segundo o peso de cada uma, tudo prefixado legalmente. Vemos aqui a incidência do conhecido brocardo “*quod non est in actis non est in mundo*”.

Discordamos daqueles que entendem haver no sistema processual brasileiro reminiscências de prova legal<sup>24</sup>, citando como exemplo os artigos 62 e 158 do Código de Processo Penal, que exigem, respectivamente, o atestado de óbito para declaração da extinção da punibilidade e o exame de corpo de delito quando o crime deixar vestígios, por não vincularem o juiz na valorização do conjunto probatório, inclusive não dispensando motivação a respeito, como faz o sistema da prova legal.

A tarifação teve como vantagem frente ao sistema da íntima convicção o afastamento da discricionariedade do julgador, mas não foi capaz de afastar julgamentos errôneos decorrentes da hierarquia das provas. (TORNAGHI, 1959).

Se o sistema da prova legal teve a vantagem de mitigar a discricionariedade do julgador, a adoção de regras inflexíveis de tarifação das provas tolheu completamente sua capacidade de avaliação dos casos concretos e suas particularidades, atuando mecanicamente.

Isso levava a situações indesejadas, pois mesmo diante da comprovação da participação de alguém na prática de um crime, a depender do peso legal que a prova possuísse, impor-se-ia, eventualmente, a absolvição.

“O juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constrangido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse. No depoimento de uma só testemunha, por mais idônea e verdadeira, haveria apenas prova simplena, enquanto que nos de duas testemunhas, concordes e legalmente idôneas, ainda que absurdos os fatos narrados, resultaria prova plena e, pois, certeza legal.” (SANTOS, 2009, p. 392)

---

<sup>24</sup> Comentado a adoção da persuasão racional pelo Código de Processo Penal de 1941, José Frederico Marques com duras críticas assinala que: “Tudo não passou, porém, de equívoco que não pôde encobrir a mediocridade do trabalho elaborado. Nem o Código trouxe a novidade em relação ao assunto, nem tampouco se afastou, de todo, do sistema das provas legais. (...) Que grande revolução realizou portanto o novo código em matéria probatória? Que novidade tão marcante veio agasalhar-se em nossa legislação e doutrina, após a entrada em vigor desse trôpego documento legal, com uma inovação que, além de manter princípios já existentes, ainda se apresenta mutilada e incompleta? O Código hoje em vigor para regular o processo penal nada inovou de substancial. Ele não passa de um conjunto de preceitos arcaicos, coordenados sem sistema e que precisa ser substituído por um novo código que atenda às reais necessidade de nossa justiça penal. (2001, p. 218-219)

Era necessária, então, a elaboração de um método de avaliação de prova que se afastasse da ampla discricionariedade e da completa impossibilidade de fiscalização franqueada pelo sistema da íntima convicção, que levava ao arbítrio, mas sem tolher o juiz na análise do caso concreto em suas particularidades, acarretando julgamentos distantes dos fatos apurados.

Cunha-se, assim, o sistema da livre convicção, também chamado de persuasão racional, que “aparece como remédio para os males das regras legais, sem os inconvenientes da íntima convicção” (TORNAGHI, 1959, p. 216).

Esse sistema se coloca ao lado da íntima convicção como método de avaliação pelo juiz, com liberdade, mas sem discricionariedade, uma vez que adstrito ao julgamento pela análise das provas presentes nos autos.

O âmbito de liberdade se circunscreve à prova presente nos autos, colhida segundo procedimentos legais e avaliada conforme critérios lógicos e de experiência, não havendo espaço para decisões *secundum conscientiam*, em que se decida mesmo sem provas ou contrariamente a elas, apenas pelo sentimento pessoal e por impressão pessoal do juiz.

O conjunto probatório presente nos autos passa a ser o limite espaço-temporal de análise para fins de julgamento, dando outro sentido à expressão “*quod non est in actis non est in mundo*”.

A formação desse conjunto probatório, delimitador do âmbito de análise e julgamento do juiz, se dá exatamente pela paritária atuação das partes, estabelecendo uma direta correlação entre a argumentação produzida pelas partes em contraditório e a fundamentação das decisões.

Neste sentido, no sistema do livre convencimento o juiz está adstrito a julgar a partir da análise das provas que, entendida como expusemos, vincula-se à atividade desempenhada pelas partes e ao atendimento das regras procedimentais.

Na medida em que o juiz somente pode julgar com a prova presente nos autos, e essa prova para se revestir de tal qualidade deve atender ao contraditório, significa dizer que a decisão está diretamente condicionada aos argumentos produzidos pelas partes.

O livre convencimento, permitindo um livre sopesamento pelo juiz das provas presentes nos autos, se soma à necessidade de motivação, isto é, de exposição das razões de convencimento presentes nos autos, ao que teremos o sistema do livre convencimento “motivado”, que afastando a discricionariedade e regulando a liberdade, permitirá uma fiscalização da atuação jurisdicional.

Não basta, portanto, somente a valoração da prova, entendida apenas como a sua percepção nos autos, mas a sua valorização, enquanto enunciação de seu conteúdo para a formação do convencimento. (LEAL, 2008).

Mario Pisani *et al* (1997, p. 235, tradução nossa), apontando a relevância da motivação, a coloca como um princípio constitucional coessencial à jurisdição, e destacam que:

“A importância de tal princípio constitucional está no fato que uma jurisdição caracterizada pela obrigação de motivação assume relevância diversa em relação à jurisdição que não prevêem tal obrigação, na medida em que oferece às partes uma garantia fundamental: aquela de conhecer as razões pelas quais o juiz fundamentou a uma determinada decisão.”<sup>25</sup>.

O princípio da motivação das decisões judiciais, obrigatoriamente completa e exauriente, se conecta a outros previstos na Constituição, garantido sua observância. É o caso da ampla defesa, em que somente é possível ser exercitada quando se conhece as razões de decidir. E do mesmo modo a independência e imparcialidade do juiz por permitir a fiscalização e a prestação de contas da decisão. (PISANI *et al*, 1997).

Sobre a importância da motivação, vista enquanto garantia, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro, item VII, pontua que: “O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de *motivar* a sua sentença. E precisamente nisto reside a suficiente garantia do direito das partes e do interesse social.” (BRASIL, 2010, p. 352)

A exigência no caso brasileiro decorre de imposição constitucional, exigindo o artigo 93, inciso IX<sup>26</sup>, da Constituição de 1988, a fundamentação de todas as decisões do Poder Judiciário, sendo a única exceção admitida constitucionalmente o julgamento perante o Tribunal do Júri, estando previsto o artigo 5º, inciso XXXVIII, o sigilo das votações, o que dispensa o Conselho de Sentença de declinar as razões de convencimento.

A imposição da motivação enquanto garantia de todos acolhe a advertência de Florian (1921, p. 325) de que “o método do livre convencimento não pode importar em anarquia na

<sup>25</sup> L'importanza de tale principio costituzionale sta nel fatto che una giurisdizione caratterizzata dall'obbligo della motivazione assume diverso rilievo, rispetto alle giurisdizioni che tale obbligo non prevedono, in quanto offre alle parti una fondamentale garanzia: quella di conoscere le ragioni per le quali il giudice è pervenuto ad una determinata decisione.

<sup>26</sup> Art. 93, Inciso IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

apreciação das provas”, permitindo a fiscalização dos motivos da decisão e da imparcialidade do juiz.

A partir da soma da livre convicção com a obrigatoriedade da motivação teremos um sistema de avaliação de provas no qual ao fundamentar suas decisões o juiz deve se ater àquilo presente nos autos, necessariamente produzido e introduzido pelas partes em contraditório e em conformidade ao procedimento previsto, permitindo sua configuração enquanto ato de prova a ser inexoravelmente apreciada pelo juiz no momento da decisão.

Dessa maneira a base argumentativa apresentada pela acusação e pela defesa vinculará, por força da regra constitucional de motivação dos atos decisórios<sup>27</sup> e de sua inescapável vinculação ao contraditório<sup>28</sup>, a fundamentação da sentença, exigindo do órgão decisor a análise criteriosa e pormenorizada de todos os argumentos expendidos pelas partes, como condição de legitimidade<sup>29</sup>.

“Assim, ao direito que têm as partes à introdução de provas corresponde não somente um *direito à valoração* das mesmas, mas sobretudo um *direito à motivação* que exprima e justifique, de maneira expressa e completa, a avaliação realizada; nessa matéria, não será possível admitir-se uma motivação implícita, decorrente, v.g., da aceitação de outra prova em sentido contrário, pois nesse caso não será possível deduzir-se, facilmente e com certeza, as verdadeiras razões da não consideração da prova rejeitada.” (GOMES FILHO, 1997, p. 166)

A necessidade de fundamentação da decisão, conectada à participação dos interessados, implica numa análise individualizada do caso concreto, afastando as chances de discricionariedades e arbitrariedades por parte do julgador e, em contrário, permitindo o que Lênio Streck chama de “*accountability* permanente” (2009, p. 22), no sentido da constante fiscalização das decisões judiciais.

Toda essa mudança decorre da alteração da compreensão do processo e de sua finalidade no Estado Democrático de Direito, avançando em relação a uma visão funcionalista que o colocava como instrumento da jurisdição para consecução de escopos diversos, para o

---

<sup>27</sup> Art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

<sup>28</sup> Sobre a vinculação da fundamentação das decisões e contraditório: “Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para motivação e das decisões. Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no *iter* procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade, conforme se colhe das lições de Oliveira Baracho.” (LEAL, 2002, p. 105)

<sup>29</sup> No mesmo sentido: “Por isso, todas as provas e alegações das partes, garantidas como são, pelo princípio do contraditório, devem ser objeto de acurada análise e avaliação, sob pena de infringência ao referido princípio.” (Grinover *et al*, 2004, p. 149)

que se franqueava uma ampla discricionariedade ao julgador, capaz, por atributos pessoais, de identificar e atender as diversas necessidades.

Tudo isto conjugado implicará, no campo do processo penal, no estabelecimento de uma delimitação à capacidade de ação dos órgãos persecutórios e decisórios, cuja atuação está pautada pelo devido processo legal delineado a partir do modelo processual imposto constitucionalmente.

## 4. PROIBIÇÕES DE PROVA EM PROCESSO PENAL

### 4.1. Proibições de Prova

O estabelecimento de um modelo constitucional de processo, decorrente do reconhecimento da necessidade de se promover a dignidade da pessoa humana altera significativamente a relação Estado-indivíduo<sup>30</sup> e, por conseguinte, as soluções para a tensão segurança pública-liberdade individual<sup>31</sup>, sempre presente no processo penal, dado os bens jurídicos que atinge.

O interesse estatal desloca-se, com isso, de uma postura coercitiva, na qual o processo penal está diretamente vinculado à coerção e à pena, e passa a ter como finalidade precípua a realização dos direitos fundamentais, garantista, sem, contudo, tolher o Estado de sua função assecuratória da vida social, que passa a ter naqueles direitos os seus limites de ação e no devido processo legal as regras de ação.

É justamente dessa mudança de perspectiva, decorrente da adoção de um modelo constitucional de processo, em que o processo penal passa a ter como objetivo a proteção e promoção dos direitos fundamentais e a regulamentação da atuação dos órgãos persecutórios, que desponta as proibições de prova, surgidas com o reconhecimento de direitos individuais invioláveis e a sujeição do Estado à Constituição.

Já seria possível concluir, desde logo, portanto, que as proibições de prova estão diretamente ligadas à proteção e efetivação dos direitos individuais, servindo, deste modo, como marco delimitador daquele espaço individual intransponível reconhecido a toda pessoa, como decorrência do reconhecimento de sua dignidade.

Anteriormente, o indivíduo era tido nas ações probatórias do processo penal como objeto da investigação, subjugado a todo e qualquer tipo de ingerência estatal para apuração da verdade, permitindo que o Estado realizasse livremente a função<sup>32</sup> de assegurar a paz social e o bem comum, numa visão instrumentalista.

---

<sup>30</sup> “Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar da necessidade dos cidadãos.” (MENDES *et al*, 2009, p. 267)

<sup>31</sup> Sobre a necessidade de um ponto de equilíbrio entre a coerção e garantia, conferir BINDER, 2003, p. 32.

<sup>32</sup> Sobre a finalidade e as funções do Estado, conferir DALLARI, 1998, p. 102.

Para tanto, a produção da prova sempre esteve atrelada à verdade real, exigindo do julgador o compromisso ético de apuração completa dos fatos, de maneira a assegurar uma justiça penal eficaz na persecução criminal, condição para realização daquelas finalidades estatais.

Por isso, somado ao princípio do livre convencimento, não admitiam restrições ao juiz na tarefa de descobrimento da verdade, objetivo maior do processo penal, sendo interesse da coletividade a realização da pretensão punitiva. (AVOLIO, 2010).

Qualquer limitação ao poder estatal de investigação era vista como um empecilho à descoberta da verdade e à realização do interesse estatal de restabelecimento da paz social. Limitar o poder de investigação seria desprestigiar a comunidade em benefício do criminoso, abrindo a porta para a criminalidade. A segurança social era tida como interesse absoluto do Estado, cuja atuação deveria ser voltada para a sua máxima realização.

Apoiados na regra *male captum, bene retentum*<sup>33</sup>, desconsiderava-se qualquer irregularidade na produção da prova, servindo sempre para fins de valoração judicial, independentemente de sua ilicitude, como uma suposta exigência da própria coletividade.

Contudo, na medida em que se passa a reconhecer o indivíduo como sujeito e portador de um conjunto de direitos fundamentais, impondo um limite ao Estado, que passa a ser incumbido da realização desses direitos por meio das garantias instituídas, conseqüentemente a persecução criminal também passa a encontrar uma barreira à liberdade de investigação.

A legitimidade da persecução criminal passa a depender do respeito inexorável desses direitos fundamentais e de uma atuação em conformidade ao devido processo legal, sob pena de, extrapolando os limites, incorrer o próprio Estado em inconstitucionalidade.

Pois esses limites à persecução criminal, estabelecidos no âmbito do devido processo legal e em função dos direitos do indivíduo, configuram, exatamente, as proibições de prova em processo penal, cuja violação acarreta a descaracterização do ato praticado, a completa imprestabilidade da prova colhida e a impossibilidade de sua valorização, primando pelo restabelecimento da liberdade individual violada<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Mal colhida, mas bem conservada.

<sup>34</sup> As proibições de prova não se confundem com as regras de produção de prova, que visam apenas disciplinar formalmente os meios e métodos de apuração de prova, a exemplo das disposições sobre os critérios de realização de perícias, previstos nos artigos 161 a 181, do Código de Processo Penal brasileiro. As proibições probatórias são um limite ao poder de investigação, impedindo os órgãos de persecução de qualquer atuação de valer-se de determinado método ou meio de prova ou acerca de determinado tema. (ANDRADE, 1992, p. 83-90)

Atribui-se a Ernst Beling<sup>35</sup> a primeira utilização do termo “proibição probatória” já no sentido de limites legais à busca da verdade pelo processo penal, pelo reconhecimento da necessidade de se compor interesses de cunho individual e coletivo.

Verificou-se que se era necessário, por um lado, garantir a persecução criminal, instrumentalizando o Estado para cumprir essa finalidade, de outro, em um Estado de Direito, também era necessário o estabelecimento de áreas isentas da ingerência estatal, mesmo no campo criminal.

Se há o interesse coletivo na completa apuração do fato, também é da mesma índole a preocupação de se assegurar o respeito ao devido processo legal, enquanto único modo de atuação estatal em conformidade ao texto constitucional, bem como às liberdades individuais, como única forma de resguardo e promoção da dignidade da pessoa. (AMBOS; LIMA, 2009).

Impossível, portanto, a defesa de uma devida aplicação das leis penais ao acusado como forma de se assegurar a integridade do sistema jurídico, reafirmando a força da norma violada, se não houver a preocupação com o respeito às liberdades individuais e uma atuação estatal pautada pelo devido processo legal, sempre orientado pela base principiológica constitucional.<sup>36</sup>

Nesse viés que Marcellus Polastri Lima identifica nas proibições de prova o que denomina de “dupla função estabilizadora da norma”, a partir de uma perspectiva funcionalista<sup>37</sup>, na qual a garantia dos direitos fundamentais pelas proibições se coloca lado a lado com a aplicação do direito penal em exercício do direito punitivo do Estado:

“o Estado deve estabilizar as normas jurídico-penais não só através de uma persecução efetiva, mas também, em um mesmo plano, através da garantia dos direitos fundamentais dos investigados ou imputados por meio do reconhecimento e, principalmente, da aplicação de proibições ou vedações de utilização de provas, em casos de violações dos direitos fundamentais.” (Ambos; Lima, 2009, p. 83)

---

<sup>35</sup> Obra intitulada Vedações probatórias como limites para a apreciação da verdade no processo penal (*Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*), de 1903.

<sup>36</sup> Hassemer, citado por Andrade (*apud* 1992, p. 120), destaca que o objetivo é impedir que o “Estado se inflija a si próprio a perda de dignidade, distanciação e superioridade (*Verlust na Würde und überlegener Distanz*) que encurta a diferença ética entre a perseguição do crime e o próprio crime.”

<sup>37</sup> O funcionalismo, surgido como um suposto avanço em relação ao finalismo welzeliano, entende o Direito Penal como instrumento de garantia da funcionalidade e eficácia do sistema social. Pela aplicação da norma, reafirma-se o seu comando e se atende às finalidades político-criminais. Encontra, pelo menos, três correntes: o funcionalismo normativista de Günther Jakobs, o funcionalismo político-criminal de Claus Roxin, e o funcionalismo social de Winfried Hassemer. (GRECO, 2000, p. 35-59)

Para cumprir a tarefa de resguardo das liberdades individuais, as proibições probatórias englobam a proibição de produção de provas por determinados temas, meios e métodos probatórios, entendidos, respectivamente, como a proibição de prova sobre fatos determinados, por certos modos de apreensão e pela utilização de determinadas práticas.

Inadmite-se, desta forma, qualquer atividade probatória capaz de violar os direitos fundamentais, de modo que a persecução criminal deve se conter nestes limites, pautando-se pela estrita legalidade no exercício de seu mister.

Quando falamos, portanto, em proibições de prova, estamos nos referindo a um conjunto de regras e princípios, de cunho material e processual, presentes nos diplomas constitucionais e infraconstitucionais, que limitam ou vedam a produção probatória pelas partes e por todos que intervenham de qualquer modo no procedimento, notadamente os órgãos estatais incumbidos da persecução criminal, como forma de se tutelar as liberdades individuais, a lisura da atuação estatal e a própria integridade constitucional.<sup>38</sup>

Para além do aspecto dos direitos fundamentais e das garantias, as proibições de prova também podem ser justificadas a partir da teoria do processo estudada, pois, na medida em que se passa a estabelecer um espaço no qual os interessados em posição de igualdade tenham a ampla possibilidade de argumentação e de refutação, influenciando no conteúdo dos provimentos estatais, a observância ao devido processo legal é exigência natural.

Não é possível imaginarmos uma situação de paridade entre Estado e acusado se este é tido como objeto da persecução, passível de todas as medidas constritivas de direito em prol de uma pressuposta verdade.

A paridade de armas exigida pelo processo é também encontrada na garantia a uma parte de uma prova legalmente produzida pela outra, de modo que as restrições à prova impostas permitem o controle sobre a devida atuação de cada um que intervenha de qualquer modo na apuração do fato. (GOMES FILHO, 1992).

A violação de qualquer dessas proibições tem por conseqüência a inexistência da prova produzida por não ingressar na cadeia procedimental em conformidade às regras procedimentais aplicáveis.

---

<sup>38</sup> Vale para o direito processual penal brasileiro a advertência de Manuel da Costa Andrade: “Nada mais arriscado e de resultados mais comprometidos à partida do que a tarefa, aparentemente pouco ambiciosa, de ensaiar referenciar um conceito de *proibição de prova* ajustado ao novo direito processual penal português. (...) Pois, não se encontra zona da vida jurídica onde os caminhos da doutrina e da jurisprudência se mostrem mais desencontrados e varridos pela controvérsia. Dificilmente, com efeito, o jurista conhecerá experiência mais prova de Babel: falando todos do mesmo (*as proibições de prova*), raros falam, afinal, da mesma coisa. Mudando de autor, muda-se invariavelmente de rio, raramente se lavando nas mesmas águas.”(1992, p. 19)

Pela inobservância de qualquer dessas proibições, viola-se aquilo que vimos como “ciclo mutativo da prova”, não permitindo a devida procedimentação do ato, e, por consequência, impedindo a sua valorização pelo julgador, não podendo ser utilizado como razão de decidir.

Ao se apreender um elemento, ao se utilizar determinado meio e ao formalizar determinado dado em desconformidade ao procedimento, violando uma proibição de prova, fere de morte o contraditório e a dialogicidade que dele decorre.

Quando a atividade processual não é desempenhada segundo o modelo legal, viola-se a garantia de participação das partes em igualdade de condições, além de acarretar o arbítrio e a discricionariedade nos provimentos.

Por isso o procedimento não pode ser visto como mera formalidade que impede a realização das finalidades estatais, mas como verdadeira condição para a devida apuração dos fatos, isto é, em respeito às liberdades individuais e aos princípios processuais, de modo a atender os interesses individuais e coletivos envolvidos no processo penal.

Visto em linhas gerais o conteúdo e abrangência das proibições de prova, cumpre-nos em seguida compreender como a legislação brasileira regulamenta a matéria, sendo, contudo, necessário uma prévia incursão no direito comparado, analisando as experiências americana e alemã por representarem as referências mais significativas do tema para o direito brasileiro, principalmente no que se refere à flexibilização das proibições.

## **4.2. Sistema Americano das Proibições de Prova**

Quando se fala em proibições de prova, sem dúvida o direito americano representa, ao lado do germânico, a principal referência quanto à matéria, sendo a maior influência sobre o direito brasileiro.

As denominadas *exclusionary rules* (regras de exclusão) consistem em um conjunto de princípios, normas e práticas jurisprudenciais, assentado no modelo de precedentes existente na *common law*, que compõe o que se refere como sistema americano de proibições de prova.

Na medida em que se apóia nos precedentes, próprios do sistema da *common law*, as *exclusionary rules* decorrem de respostas dos tribunais americanos a conflitos concretos a eles submetidos, o que lhe dá um caráter fragmentário, sem a preocupação com a elaboração sistemática das proibições.

Entretanto, toda a construção jurisprudencial se assenta em dispositivos constitucionais de índole marcadamente processual, configurando como instituto do processo, sobretudo pela interpretação e aplicação da cláusula do *due process of law* (devido processo legal), do *privilege against self incrimination* (princípio da não auto-incriminação), previstos na V Emenda<sup>39</sup> da Constituição Americana, e da *reasonable search and seizure* (busca e apreensão com justa causa), prevista na IV<sup>40</sup> Emenda da mesma Constituição.

A doutrina americana esclarece que:

“essas [*exclusionary rules*] não são todas de uma espécie. Não apenas se baseiam em **violações a diferentes garantias constitucionais**, mas as suas **naturezas e propósitos diferem**. Algumas regras determinam que a prova seja excluída **para impedir futura violação de direitos constitucionais**. Outras exigem a exclusão porque **direitos seriam violados pelo uso da prova excluída**. Algumas por ambas as razões. Além disso, algumas regras são destinadas a promover a **busca da verdade** enquanto outras são postas para servir a outros fins e claramente impedir a busca da verdade.”<sup>41</sup> (TOMKOVICZ, 1997, p. 209, tradução nossa)

Com destaque que se prima pela garantia de uma estrutura processual exigida pela Constituição à atuação estatal, de modo que é possível concluir, principalmente a partir da análise das *exclusionary rules* criadas pelos tribunais, que a preocupação está na correção da atuação dos órgãos incumbidos da persecução criminal, principalmente da polícia, buscando-se garantir a lisura em sua atuação investigativa.

---

<sup>39</sup> “Amendment 5: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar. ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. (tradução nossa) Disponível em <http://www.usconstitution.net/const.html>, acessado em 20/11/2010.

<sup>40</sup> “Amendment 4: The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas. (tradução nossa) Disponível em <http://www.usconstitution.net/const.html>, acessado em 20/11/2010

<sup>41</sup> “these *exclusionary rules* are not all of one kind. Not only are they based on **violations of different constitution guarantees**, but their **natures and purposes differ**. Some of the rules mandate that evidence be excluded in order to **deter future violations of constitutional rights**. Others require exclusion because **rights would be violated by the use of the excluded evidence**. Some arguably command exclusion for both of these reasons. Moreover, some of the rules are designed to promote **search for truth** while others are designed to serve other ends and clearly impede the search for truth.”

Essa destinação marca e distingue sobremaneira o sistema das *exclusionary rules*, a partir da qual, inclusive, se constroem técnicas de flexibilização das proibições, como veremos, a exemplo da *good faith* (boa-fé) e da *inevitable discovery* (descoberta inevitável). (ANDRADE, 1992).

Desta sorte, a incidência de uma regra de proibição probatória está fundamentalmente centrada na análise de violação ou não pela polícia dos dispositivos de cunho processual que regulam o exercício de sua atuação investigativa.

As proibições de prova servem principalmente para desencorajar qualquer violação por parte da polícia (*deterrent effect*), sob pena de imprestabilidade do elemento de prova colhido em afronta às regras aplicáveis. Possui, portanto, um caráter preventivo em relação à atividade investigativa dos órgãos oficiais de persecução.

Em *Elkins v. US* (1960), a Suprema Corte americana decidiu que “a regra é posta para prevenir, não para consertar. O seu propósito é impedir -- forçar o respeito às garantias constitucionais é o único meio efetivo à disposição – removendo o incentivo de desconsiderá-la.”<sup>42</sup> (tradução nossa)

Ainda mais evidente em *US v. Calandra* (1974) a posição da mesma Suprema Corte no entendimento das *exclusionary rules* como uma contensão das atividades policiais, um verdadeiro desestímulo às violações de conduta:

“A [*exclusionary rule*] segundo a qual a prova obtida em violação à Quarta Emenda ou os frutos de tal prova não podem ser usadas em um procedimento criminal contra a vítima de um uma busca e apreensão ilegal, é uma garantia criada judicialmente para garantir os direitos previstos na Quarta Emenda através de seu efeito dissuasor sobre as condutas policiais ilegais futuras, do que um direito constitucional da parte prejudicada.”<sup>43</sup> (Tradução nossa)

Justamente essa finalidade de impedir desvio de conduta dos órgãos de controle que levou à elaboração do princípio da contaminação (*taint doctrine*), segundo o qual todas as provas, ainda que inicialmente lícitas, que remontem o seu nexos causal diretamente a uma prova colhida em violação a uma proibição, estará contaminada e, por isso, também não poderá ser utilizada.

---

<sup>42</sup> “The rule is calculated to prevent, not to repair. Its purpose is to deter -- to compel respect for the constitutional guaranty in the only effectively available way -- by removing the incentive to disregard it.” (Disponível em US Supreme Court Center, em <http://supreme.justia.com/>, acessado em 15/01/2011.)

<sup>43</sup> “The exclusionary rule, under which evidence obtained in violation of the Fourth Amendment or the fruits of such evidence cannot be used in a criminal proceeding against the victim of the illegal search and seizure, is a judicially created remedy designed to safeguard Fourth Amendment rights generally through its deterrent effect on future unlawful police conduct, rather than a personal constitutional right of the party aggrieved.” (US Supreme Court Center, em <http://supreme.justia.com/>, acessado em 15/01/2011.)

Construiu-se disso a teoria das provas ilícitas por derivação, também conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada, em referência à expressão do *Justice Frankfurter* “*fruits of the poisonous tree*” no caso *Nardone vs. US* (1939), perante a Suprema Corte americana, no qual se decidiu que: “proibir o uso direto de métodos assim caracterizados, mas não colocar freios sobre o seu uso indireto, apenas incentivaria métodos considerados inconsistentes com os padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal.”<sup>44</sup> (tradução nossa)

Mesmo anteriormente, em 1920, a mesma Suprema Corte, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. US*, já decidira que: “A essência da disposição proibindo a obtenção de prova de certo modo não significa que a prova obtida não deve ser usada perante a corte, mas que ela não deve ser usada de modo algum.”<sup>45</sup> (tradução nossa)

A prova obtida em violação a uma *exclusionary rule* não pode ter qualquer tipo de aproveitamento, direto ou indireto, isto é, não serve para formação do convencimento judicial, tampouco para dela se extrair outras provas, ou qualquer outra consequência jurídica, sob pena de fomentar os desvios de conduta na investigação pelo Estado e, em última instância, violar direitos individuais.

A contaminação entre as provas representa um dos temas mais controvertidos no campo das proibições probatórias, sendo exatamente onde mais incidem técnicas de descontaminação, conhecidas como “*exceptions to the exclusionary rules*”, a exemplo da fonte independente (*independent source*), do nexos atenuado (*attenuated connection*) e da descoberta inevitável (*inevitable discovery*) a serem melhor debatidas no próximo capítulo no qual estudaremos a flexibilização das proibições de prova.

Frise-se, contudo, que apesar de o estabelecimento de proibições ter como principal destinatário os órgãos de persecução criminal, notadamente a polícia, o sistema americano não se afasta daqueles objetivos delineados inicialmente de garantia da integridade constitucional e prestando igualmente à finalidade última de resguardar direitos individuais constitucionais<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> “To forbid the direct use of methods thus characterized, but to put no curb on their full indirect use, would only invite the very methods deemed “inconsistent with ethical standards and destructive of personal liberty.” (Disponível em US Supreme Court Center, em <http://supreme.justia.com/>, acessado em 15/01/2011)

<sup>45</sup> “The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the court, but that it shall not be used at all.” (US Supreme Court Center, em <http://supreme.justia.com/>, acessado em 15/01/2011)

<sup>46</sup> Em *Mapp v. Ohio* (1961) a Suprema Corte dos EUA: Nossa decisão, fundada na racionalidade e na verdade, dá ao indivíduo nada mais do que lhe assegura a Constituição, aos policiais não menos do que uma força policial honesta está obrigada, e, aos tribunais, a integridade constitucional tão necessária à correta administração da justiça.” (tradução nossa); “Our decision, founded on reason and truth, gives to the individual no more than that which the Constitution guarantees him, to the police officer no less than that to which honest law enforcement is

Nesta senda, apesar do caráter processual das *exclusionary rules*, sem referência direta a direitos individuais, como a intimidade e a inviolabilidade do domicílio, estão em última instância destinadas à proteção de bens jurídicos próprios das liberdades individuais<sup>47</sup>.

E para concluirmos, o destaque de que as *exclusionary rules*, postas com os objetivos apontados, inserem-se no Estado de Direito exatamente com a finalidade máxima de assegurar o respeito à lei e, essencialmente, a submissão do próprio Estado à lei, como condição de sua própria continuidade, como se colhe da Suprema Corte americana em *Mapp v. Ohio* (1961): “nada pode destruir um governo mais rapidamente do que sua falha na observância de suas próprias leis, ou pior, na desconsideração de sua existência.”<sup>48</sup> (tradução nossa)

### 4.3. Sistema Alemão das Proibições de Prova

Muito importante para a compreensão do tema é a apreensão de certos conteúdos presentes no sistema alemão das proibições de prova, que também exerce certa influência sobre o sistema brasileiro, notadamente no que concerne a questão da ponderação de bens pelo critério da proporcionalidade.

Neste, diferentemente do americano, as proibições, chamadas de “*Beweisverbote*”, são construídas a partir de direitos individuais de índole material presentes na Constituição.

Com destaque para os dispositivos que preveem a intangibilidade da dignidade do homem, prevista no artigo 1º, o livre desenvolvimento da personalidade, inscrito no artigo 2º, o sigilo das correspondências e comunicações, tutelado no artigo 10º, e a inviolabilidade do domicílio, trazido no artigo 13º, todos da Constituição alemã de 1949.<sup>49</sup>

---

entitled, and, to the courts, that judicial integrity so necessary in the true administration of justice.” Disponível em US Supreme Court Center, em <http://supreme.justia.com/>, acessado em 07/01/2011;

<sup>47</sup> “Nomeadamente, o tratamento sistemático das proibições de prova radicadas nos *Amendments* constitucionais IV, V, VI e XIV vem redundando em contributos decisivos para a definição e conformação de << bens jurídicos >> como o *right to privacy* ou a *inviolabilidade do domicílio*.” (ANDRADE, 1992, p. 187)

<sup>48</sup> “Nothing can destroy a government more quickly than its failure to observe its own laws, or worse, its disregard of the charter of its own existence.” (US Supreme Court Center, em <http://supreme.justia.com/>, acessado em 07/01/2011)

<sup>49</sup> Art. 1º: (1) A dignidade do homem é intocável.; Art. 2º: Cada pessoa tem o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, contando que não vulnere os direitos de outros e não colida com a ordem constituinte ou a lei de costumes.; Art. 10º: O sigilo de correspondência assim como o das telecomunicações são invulneráveis; Art. 13º : O domicílio é inviolável. (Tradução nossa) Art. (1) Human dignity shall be inviolable; Art. 2 (1) Every person shall have the right to free development of his personality insofar as he does not violate the rights of others or offend against the constitutional order or the moral law; Art. 10 (1) The privacy of correspondence, posts and telecommunications shall be inviolable; Art. 13 (1) the home is inviolable (Disponível em Ministério

Deste modo, as proibições de prova representam instrumentos processuais de garantia do direito material, sendo esta tutela o objetivo direto das regras probatórias, de maneira que outras finalidades, como a lisura da atuação dos órgãos de persecução, a exemplo do americano, são apenas indiretamente reguladas.

Neste sentido que a doutrina alemã afirma que “o mero fato de uma acção de investigação violar o StPO não é decisivo. O mais importante é saber se a intromissão na esfera íntima do acusado se pode ou não considerar justificada, em nome do relevo da infração que lhe é imputada.” (BRADLEY, *apud* ANDRADE, 1992, p. 140)

Por isso, o sistema alemão das *Beweisverbote* possui um espectro de destinatários muito mais amplo, não se limitando aos órgãos de persecução, já tendo decidido o Supremo Tribunal Federal alemão (BGH – Bundesgerichtshof) que “vinculam o Estado e todos os órgãos bem como qualquer pessoa no domínio do tráfico jurídico privado.” (*in* ANDRADE, 1992, p. 141)

As proibições de prova neste sistema, de matriz europeia-continental, apesar das importantes contribuições dos Tribunais alemães, especialmente do BGH, encontra na legislação a principal fonte, estabelecendo-se uma regulamentação sistemática das limitações probatórias.

Sobressai nessa legislação o artigo 136a, do Código de Processo Penal alemão (Strafprozessordnung –StPO), que trata diretamente dos “Métodos Proibidos de Prova”, prescrevendo que:

- “(1) A liberdade do acusado de decisão e de manifestação da vontade não pode ser debilitada por maus tratos, fadiga, tortura, uso de drogas, suplício, fraude ou hipnose. A coerção pode ser usada apenas até o limite permitido na legislação processual criminal. Ameaçar o acusado com meios não permitidos ou assegurar a perspectiva de uma vantagem não prevista por lei são proibidos.  
 (2) Medidas que debilizem a memória do acusado ou a sua capacidade de entendimento não são permitidas.  
 (3) As proibições previstas nas subseções (1) e (2) devem ser aplicadas independentemente do consentimento do acusado. As declarações obtidas em violação a esta proibição não devem ser aproveitadas, ainda que o acusado consinta com sua utilização.”<sup>50</sup> (tradução nossa)

---

da Justiça da Alemanha, em [www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de), em 15/12/2010. Tradução para o inglês por Christian Tomuschat e David P. Currie)

<sup>50</sup> Section 136a: 1) The accused's freedom to make up his mind and to manifest his will shall not be impaired by ill-treatment, induced fatigue, physical interference, administration of drugs, torment, deception or hypnosis. Coercion may be used only as far as this is permitted by criminal procedure law. Threatening the accused with measures not permitted under its provisions or holding out the prospect of an advantage not envisaged by statute shall be prohibited. (2) Measures which impair the accused's memory or his ability to understand shall not be permitted. (3) The prohibition under subsections (1) and (2) shall apply irrespective of the accused's consent. Statements which were obtained in breach of this prohibition shall not be used, even if the accused consents to

Reconhece-se neste dispositivo um patamar jurídico mínimo de garantia contra violações às liberdades individuais, impedindo qualquer espécie de meio ou método de prova que tolha a capacidade do acusado.

Esse patamar mínimo somente foi alcançado em 1950, após se testemunhar a exterminação física e moral de milhares de pessoas, em um completo desprezo pelo homem e sua dignidade, subjugando qualquer possibilidade de autodeterminação, a macular para sempre a história da humanidade.

E exatamente a garantia dessa autodeterminação da pessoa que se busca pelo estabelecimento das *Beweisverbote*, a partir reconhecimento e promoção dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Por tudo isso, em que pese a existência de proibições de prova expressas no Código de Processo Penal alemão, a exemplo do artigo 100a, que regula as condições e crimes para se proceder a interceptações telefônicas, reconhece-se a existência de proibições não expressas, bastando a verificação no caso concreto da violação a qualquer direito individual. (AVOLIO, 2010).

Cumpre-nos, entretanto, advertir, que a ampla extensão da proteção dada pelas *Beweisverbote*, comparativamente às *exclusionary rules*, sofre significativa mitigação pela diferenciação que fazem entre as proibições de produção de provas e as proibições de utilização de provas. (AMBOS; LIMA, 2009).

Com isso, é possível que apesar de se violar o modo de obtenção da prova, se permita o uso judicial da mesma prova, de maneira que a violação a uma proibição de prova não implica, necessariamente, na proibição de utilização da mesma prova.

Amelung, dentre inúmeros, é firme na defesa dessa distinção, afirmando que:

“Ele [o Estado] veria a sua pretensão punitiva posta em perigo ou mesmo pura e simplesmente precluída sempre que, em nome da proibição da valoração, se lhe pudesse retirar das mãos um meio de prova de que poderia prevalecer-se para condenar um delinqüente. Ao mal já causado pela irregularidade processual acresceria um novo mal, agora pela via da proibição de valoração e que acabaria por atingir comunidades.”(apud ANDRADE, p. 145, nota 24)

A violação a uma proibição de prova somente implicaria, necessariamente, na proibição de sua utilização se pela ponderação dos interesses fosse verificada uma afronta direta e substancial de uma norma processual estatuída para garantir direitos fundamentais do

acusado e sua condição processual, em contraposição ao interesse de uma justiça penal eficaz e funcional. (AMBOS; LIMA. 2009. p. 104).

A limitação à abrangência do sistema alemão das proibições de prova, especialmente de utilização, também é provocada pela não aceitação geral do princípio da contaminação, diferentemente do sistema americano, mais uma vez se recorrendo ao princípio da proporcionalidade para decidir caso a caso a extensão dos efeitos da proibição.

O pelos alemães denominado de efeito-à-distância (*Fernwirkung*) encontra uma ampla divergência acerca de sua aceitação, havendo posicionamentos doutrinários pela sua absoluta impropriedade, diante dos interesses estatais de investigação e por uma justiça penal eficaz, outros pela incidência da ponderação de interesses, e aqueles que o defendem, baseados na teleologia das proibições de controle disciplinar dos órgãos de persecução. (ANDRADE. 1992. AMBOS; LIMA. 2009).

É a partir desses entendimentos que se busca flexibilizar as proibições de prova, seja de produção ou de utilização, a exemplo da teoria da proporcionalidade, como teremos melhor oportunidade de estudar no próximo capítulo.

De toda sorte, concluímos, como no estudo do sistema das *exclusionary rules*, com o registro de que também nas *Beweisverbote*, a revelar a convergência dos sistemas, a importância das proibições probatórias extrapola a própria finalidade de tutela do indivíduo, no fortalecimento dos direitos fundamentais, e representa o fortalecimento do próprio Estado de Direito, na preservação da integridade constitucional. (SOUZA. 2009. AMBOS; LIMA, 2009).

#### **4.4. Sistema Brasileiro das Proibições de Prova**

Vimos que com a proposta da Constituição brasileira de 1988 de construção de um Estado Democrático de Direito<sup>51</sup>, filia-se o Estado brasileiro à necessidade de avançar em relação aos direitos fundamentais, passando de sua mera inscrição no texto constitucional, de

---

<sup>51</sup> Sobre a compreensão de Estado Democrático de Direito: “Começa a ser construída uma nova síntese: o Estado Democrático de Direito. Os direitos e garantias individuais e os direitos sociais se integram no conjunto dos direitos fundamentais. (...) A constituição, além das normas, incorpora princípios que passam a integrar o ordenamento jurídico e a balizar a ação do poder público nas esferas administrativa, judicial e legislativa. Aprofunda-se o debate sobre a aplicabilidade e a eficácia das normas e princípios constitucionais, ganhando novos contornos e possibilidades o devido processo legal e o modelo constitucional do processo.”(ANANIAS DE SOUZA, 2000, p. 36-37)

caráter essencialmente programático, para o estabelecimento de todo um arcabouço jurídico de garantias que permitisse a efetivação desses direitos<sup>52</sup>.

Adere, neste momento, de modo direto e efetivo, àquele movimento do qual tratamos no início deste estudo de aproximação da Constituição e Processo, pelo estabelecimento constitucional de diversos princípios processuais e de garantias como forma de regular a ação estatal, de permitir uma irrestrita participação dos interessados nas tomadas de decisões e de proteção e promoção dos direitos fundamentais.

Reconhecida pelo extenso rol de direitos fundamentais, a Constituição de 1988 traz, paralelamente, na evidente preocupação de proteção e promoção desses mesmos direitos, também inúmeros princípios e regras processuais<sup>53</sup>.

A Constituição teve, assim, o condão de sedimentar o papel do processo enquanto instrumento de garantia na tutela dos direitos fundamentais, no intuito de alcançar a máxima efetivação, compondo o processo como um “essencial sistema de proteção dos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade.” (BRÊTAS, 2004, p. 111)

Neste sistema se insere a norma prevista no inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição, em torno da qual se estrutura todo o sistema brasileiro de proibição probatória ao prescrever que: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”

Portanto, somente a partir da Constituição de 1988, com esta disposição, que se estruturou todo o sistema brasileiro das proibições probatórias, permitindo a elaboração teórica, legal e jurisprudencial em torno das proibições<sup>54</sup>.

Antes, diante da inexistência de um dispositivo normativo limitador do poder estatal de averiguação, doutrina e jurisprudência debatiam em torno da possibilidade de valoração de provas ilicitamente obtidas para formação de um juízo de culpa<sup>55</sup>.

Representativa da posição favorável à admissão e à valoração das provas ilicitamente produzidas é a decisão do Supremo Tribunal Federal, de 1951, sob a lavra do Ministro Raphael de Barros Monteiro, destacada por Avolio (2010, p. 93), de que:

---

<sup>52</sup> “Teoricamente reconhecia-se aos cidadãos direitos fundamentais, que eram inexistentes na prática, desde que sua eficácia estava condicionada ao desenvolvimento legislativo posterior; por não serem auto-aplicáveis. A própria prática dos poderes públicos impossibilitava o exercício real dos direitos fundamentais. O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais não é suficiente, desde que não vem acompanhado de garantias que assegurem a efetividade do livre exercício de tais direitos. As liberdades adquirem maior valor quando existem garantias que as tornam eficazes”. (BARACHO, 2008, p. 53)

<sup>53</sup> “Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito de romper com a posição mais retrógrada.” (BARROSO, 2005, p. 18)

<sup>54</sup> Limitaremos-nos a expor a corrente majoritária adotada no Brasil, sem adentrar em discussões que fogem ao objeto do presente estudo, a exemplo da própria nomenclatura “provas ilícitas”.

<sup>55</sup> Sobre as correntes doutrinárias e jurisprudências, conferir AVOLIO, 2010, p. 92-99.

“os Tribunais têm de julgar conforme as provas que lhes são apresentadas e não lhes compete investigar se elas foram bem ou mal adquiridas pelo respectivo litigante. Essa investigação é estranha ao processo e o juiz que a fizer exorbitará de suas atribuições processuais.”

Identificavam no processo penal uma índole estritamente coletiva que o caracterizava como um instrumento a serviço da jurisdição para, atendendo aos anseios coletivos, apurar a verdade dos fatos e punir o criminoso, objeto da investigação.

Já aqueles outros que se posicionavam desfavoravelmente à admissão de tais provas valiam-se de dispositivos processuais que previam certas restrições à atividade de persecução, a exemplo do § 1º, do artigo 240, do Código de Processo Penal, que regula as hipóteses de busca e apreensão domiciliar.

Interessante registrar que um dos principais argumentos utilizados pela inadmissibilidade da prova era a disposição presente no artigo 332, do Código de Processo Civil, que admite a utilização de todos os meios de prova legais e morais, inserindo a violação de uma proibição no campo da imoralidade.

Toda essa celeuma restou superada com o inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição de 1988, que, expressamente, acolhe a inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas, vedando a produção e a valoração de prova produzida em violação à Constituição e à lei.

A Constituição, desta forma, avança na tutela processual dos direitos individuais, consagrando a sua prevalência sobre a coerção estatal, limitando os poderes de persecução criminal.

Quanto à compreensão do termo “provas ilícitas”, extraído do dispositivo constitucional, a corrente majoritária adotada no Brasil acolhe a doutrina de Pietro Nuvolone, difundida entre nós por Ada Pellegrini Grinover pela obra “Liberdades Públicas e Processo Penal – As interceptações telefônicas”, de 1976, segundo a qual o gênero “provas vedadas ou ilegais” se subdivide em duas espécies, as provas ilícitas e as provas ilegítimas. (GRINOVER, 1976).

As provas ilícitas seriam aquelas obtidas em violação a direitos materiais, constitucionais ou infraconstitucionais, como a intimidade, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo das comunicações e dados. Já as provas ilegítimas seriam aquelas produzidas em violação a normas de índole processual, a exemplo, extraídos do Código de Processo Penal brasileiro, da exigência de exame de corpo de delito para os crimes que deixarem vestígios (art. 158), da proibição de depor em razão de sigilo (art. 207), as regras sobre a busca e

apreensão pessoal e domiciliar (arts. 240 a 250), as regras sobre o modo de se proceder as intercepções telefônicas (Lei 9296/96).

A festejada importância desta corrente está exatamente na distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, a englobar no campo das proibições probatórias tanto as normas de matriz material como processual, sempre, evidentemente no intuito último de tutela dos direitos individuais.

Diferentemente dos sistemas estrangeiros estudados, as proibições probatórias no Brasil se apóiam, portanto, em normas materiais e processuais, cujas violações acarretam a imprestabilidade da prova produzida.

Acolhemos esta dupla proteção a partir das considerações feitas em torno da conexão Constituição e Processo e da importância da procedimentação, pelo que identificamos nas normas que regulam o procedimento e nos princípios processuais que norteiam todo o sistema processual o objetivo de tutela dos direitos fundamentais e de resguardo da legitimidade da atuação estatal.

Excluir as normas processuais do conteúdo das proibições é relegar o procedimento a uma mera formalidade, sem reconhecer a sua importância para as liberdades individuais e para o devido processo legal, como tivemos oportunidade de apontar. Afinal, as normas processuais estão postas para efetivação de direitos e para regulação da atuação estatal.

Desta forma, quando a Constituição trata da inadmissibilidade de “meios ilícitos” compreende-se tanto as violações de normas materiais, caracterizando as provas ilícitas, como as de normas processuais, culminando nas provas ilegítimas, de maneira que se tem naquele dispositivo uma referência às provas ilícitas *lato sensu*, isto é, abordando as duas espécies.

Por tudo isso que discordamos frontalmente daqueles que criticam a nova disposição do artigo 157, do Código de Processo Penal, afirmando que a alteração empreendida pela Lei 11690/08 em nada esclareceu sobre o acolhimento da dicotomia entre as provas ilícitas e ilegítimas, ambas vedadas, por não se referir às normas processuais. (AMBOS; LIMA, 2009).

Reza referido artigo que as provas ilícitas são aquelas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, no que, evidentemente, se inserem as de cunho processual, encontradas tanto na Constituição, normas constitucionais processuais, como na legislação infraconstitucional, normas legais processuais.

Incompreensível, desta forma, a exigência de que o texto deveria conter também a expressão “processuais”, para só assim reconhecer a violação às normas processuais no âmbito das proibições de prova, incorrendo em flagrante retrocesso na tutela processual dos direitos fundamentais.

Ligado à distinção entre provas ilícitas e provas ilegítimas está a questão das consequências jurídicas da violação das proibições, o que não foi tratado pela Constituição, tampouco inicialmente pela legislação infraconstitucional.

Neste assunto podemos destacar duas posições, sendo uma primeira que dá o mesmo tratamento às provas ilegítimas e ilícitas e outra que, a partir da limitação do termo prova ilícita apenas à violação de normas materiais, trata diferentemente as consequências da violação de uma e outra.

Para aqueles que limitam a previsão constitucional às violações materiais, a consequência para a prova ilegítima deve ser encontrada no campo das nulidades, inclusive pela utilização dos princípios que a norteiam, como da convalidação dos atos e do prejuízo. (AMBOS; LIMA, 2009).

Admitem, portanto, a utilização da prova ilegítima quando “a vedação é erigida no interesse da parte somente ou não havendo interesse público, caso não haja demonstração de prejuízo à parte ou caso esta não faça a impugnação da prova tempestivamente”. (AMBOS ;LIMA, 2009, p. 144)

Estabelecem, com isso, uma distinção entre proibição de produção e proibição de utilização, acompanhando a doutrina alemã, no sentido de que a primeira não necessariamente acarreta a segunda, devendo-se ponderar os interesses envolvidos na utilização da prova.

Filiamo-nos, contudo, à primeira corrente que dá o mesmo tratamento às provas ilícitas e ilegítimas, por reconhecer em ambas, como já deixamos assentado, o mesmo objetivo de efetivação dos direitos fundamentais e de regulação da atuação estatal<sup>56</sup>.

Na fase em que nos encontramos da conexão Constituição e Processo, insistimos que não há que se reduzir as normas de cunho processual como “voltada para a finalidade e lógica do processo” (AMBOS; LIMA, 2009, p. 130) no sentido da mera regulamentação dos atos processuais, sem preocupação com os direitos individuais.

Descabida, a nosso ver, a distinção de finalidades, uma vez que no Estado Democrático de Direito, toda a finalidade, especialmente das normas processuais é a proteção e promoção dos direitos individuais.

---

<sup>56</sup> Conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal: “Impõe-se destacar, como expressiva conquista dos direitos assegurados àqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas (aquelas que se produzem com vulneração das normas de direito processual) e às provas ilícitas (aquelas que se coligem com transgressão das regras de direito material). A Constituição do Brasil, ao repelir a doutrina do *male captum, bene retentum*, sancionou, com inadmissibilidade de sua válida utilização, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.” (trecho do voto do Min. Celso de Melo no julgamento do HC 69912-0/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, Julgamento em 16/12/93, Publicação em 25/03/94)

A vedação à proibição de cunho processual viola a devida procedimentação da prova, balizadora da atuação das partes, do juiz e de todos que intervierem de qualquer modo no procedimento e, por consequência, viola direitos individuais.

A consequência uniforme, portanto, para qualquer violação às proibições probatórias, de cunho material ou processual, é a total imprestabilidade do ato, inexistindo juridicamente, de maneira que a toda proibição de utilização corresponde, inexoravelmente, à proibição de utilização. (AVOLIO, 2010; LEAL, 2008).

Admitir o contrário é tornar ineficaz a própria proibição de produção e, conseqüentemente, a proteção ao direito individual, pois de nada adiantará esta proibição se não for obstada a futura utilização daquela prova.

Por tudo isso a necessária distinção entre proibições de prova e regras de produção de prova, visando estas apenas ordenar os meios e métodos de apuração de prova, suscetíveis à teoria das nulidades, enquanto aquelas são um limite ao poder de investigação, impedindo os órgãos de persecução de qualquer atuação, de valer-se de determinado método ou meio de prova ou acerca de determinado tema, vez que violador de um direito individual. (ANDRADE, 1992; DIAS, 1987)

Creemos que neste entendimento se adequa a previsão do artigo 157, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11690/08, de desentranhamento da prova obtida em violação a uma proibição probatória, seja de cunho material ou processual, e sua posterior inutilização física, pois já inútil juridicamente pelo desrespeito aos direitos individuais.

E na hipótese de reconhecimento posterior da violação da proibição probatória, utilizada indevidamente para formação da culpa, deve ser revista em grau recursal pelo Tribunal competente, ou, se transitada em julgado a sentença, proceder-se à revisão criminal. (AVOLIO, 2010, p. 109-110).

Além do importante tema das conseqüências jurídicas da violação das proibições, a Constituição também deixou de tratar de outro aspecto importante que gerou diferentes posicionamentos na doutrina e na jurisprudência: a ilicitude por derivação.

A ilicitude por derivação, somente após extensa discussão em torno da extensão dos efeitos da ilicitude para além do próprio ato viciado, principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi acolhida na esteira da doutrina norte americana dos *fruits of the poisonous tree doctrine*.

Paradigmático dessa celeuma é o habeas corpus 69912-0/RS<sup>57</sup>, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no qual, após um reviravolta no placar, antes indeferindo a ordem por 6 votos a 5, admitiu, em segundo julgamento, o pedido, acolhendo, por 5 votos a 5, a teoria da contaminação das provas derivadas.

Nesta oportunidade, o relator Ministro Sepúlveda Pertence destacou que: “Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do **“fruit of the poisonous tree”** é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.”

O legislador preferiu, ainda que tardiamente, assentar em regra legal a prova ilícita por derivação, pela Lei 11690/08, no § 1º, do artigo 157, estatuiu que: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas.”

Deste modo, todas as provas que decorrerem de outra obtida em descumprimento de uma proibição probatória estarão invariavelmente contaminadas pela ilicitude e sofrerão as mesmas consequências da prova original.

Relembrando o motivo ensejador da criação da teoria da contaminação no direito norte americano (*taint doctrine*), explicitado em *Nardone vs. US* (1939), nenhum efeito teria uma proibição se não fosse impedida a sua utilização de qualquer modo, inclusive indireta no ensejo de novas provas, mas, ao contrário, implicaria em um incentivo às práticas ilegais.

Exatamente no campo das provas ilícitas por derivação que mais tentativas se abrem às possibilidades de flexibilização das proibições pela criação de verdadeiras técnicas de descontaminação, com termos oportunidade de estudar em seguida.

Aliás, a questão da flexibilização é um dos temas mais importantes no que concerne as proibições de prova, diante das finalidades apresentadas, revelando ao máximo a tensão Estado-indivíduo, a merecer nossas considerações.

Verifica-se, pelas considerações, que as proibições de prova se integram no devido processo legal, representando uma limitação explícita à persecução criminal, condicionada ao procedimento probatório e ao respeito às liberdades individuais do acusado.

---

<sup>57</sup> Ementa: Prova ilícita: Escuta telefônica mediante autorização judicial: Afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, "nas hipóteses e na forma" por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5., XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; Não obstante, indeferimento inicial do habeas corpus pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação e suficientes a sustentar a condenação questionada; Nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); Consequente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica - a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a disciplinar-la e viabilizar-la - contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente. (HC 69912-0/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, Julgamento em 16/12/93, Publicação em 25/03/94).

As proibições de prova decorrem da exigência do modelo constitucional de processo de estabelecimento de um espaço discursivo onde as partes, paritariamente, poderão exercer a ampla argumentação, a ser analisada por um terceiro imparcial através de uma decisão fundamentada nos argumentos produzidos no tempo-espaço do procedimento.

Para tanto, é necessário o estabelecimento de limites em prol de uma atuação regular dos interessados, e, tratando-se de processo penal, que também se observe a presunção de inocência e os direitos fundamentais do acusado.

## 5. A FLEXIBILIZAÇÃO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA NO PROCESSO PENAL

### 5.1. A Persecução Criminal Eficaz como Interesse do Estado de Direito

Um dos principais entraves ao estabelecimento de um sistema de proibições probatórias, na sequência dos demais instrumentos processuais de tutela do acusado, sempre foi a defesa de um interesse coletivo por uma persecução eficaz e pela descoberta da verdade (AVOLIO, 2010), somente superado pela prevalência alcançada pela dignidade da pessoa humana e pela exigência de sua observância e efetivação pelo Estado, afiançados por um sistema de garantias estruturado em nível constitucional.

Essa defesa por uma “justiça penal” funcional, a significar a máxima repressão, é retomada, principalmente pelo aumento da criminalidade, em especial a do tipo grave, e passa a exigir a instrumentalização do Estado para a máxima rapidez e eficácia na busca pela verdade e punição do criminoso.

O exponencial aumento da criminalidade grave, gerador de um clamor social por uma eficaz repressão estatal, transforma o acusado em inimigo público e o processo penal em processo contra o inimigo, marcado pela relativização e funcionalização dos seus preceitos<sup>58</sup>. A realização de justiça torna-se sinônimo de condenação, e a absolvição sinônimo de impunidade. A tutela processual em caráter absoluto dos direitos fundamentais do acusado passa a ser considerada um impedimento para a adequada realização da “justiça criminal” .

Reconhece-se o combate ao crime como tarefa do Estado de Direito, elevando o esclarecimento e a punição dos crimes ao nível de interesses legítimos de toda a coletividade, pelo que o interesse da persecução criminal passa a ocupar o mesmo plano dos demais vinculados aos direitos fundamentais. (ANDRADE, 1992, p. 28-38)

Representativo dessa nem tão nova postura é a célebre decisão do Tribunal Constitucional alemão<sup>59</sup> no conhecido “segundo caso do diário”, em 9/7/87, quando decidiu que “a constituição não reconhece um significado especial apenas à tutela da personalidade

---

<sup>58</sup> Como consta na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro, a sua elaboração teve “o objetivo de maior eficácia e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um estímulo à expansão da criminalidade.” (Item II da Exposição de Motivos)

<sup>59</sup> Esclarece-nos Manuel da Costa Andrade que “deve-se sobremodo ao Tribunal Constitucional [alemão] a tese de que a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito susceptível de ser levado à balança da ponderação com os direitos fundamentais.”(ANDRADE, 1992, p. 30)

mas também a uma *justiça funcionalmente capaz* sem a qual não se pode contribuir para a manifestação e actualização da própria justiça.”(in ANDRADE, 1992, p. 30-31).

A eficácia funcional da persecução criminal encontraria os seus fundamentos nas bases do próprio Estado de Direito, cujo compromisso com a garantia da ordem jurídica e da paz social alça o interesse da persecução e da punição ao nível de valor constitucional. O Estado de Direito somente se realizaria plenamente por uma repressiva, ostensiva e eficaz “justiça criminal”<sup>60</sup>.

Na medida em que o interesse persecutório passa a representar paralelamente ao da proteção das liberdades individuais um valor do Estado de Direito, abre-se a possibilidade de ponderação entre eles quanto à aplicabilidade, relativizando a posição prevalente antes ocupada pelos direitos fundamentais. A partir da ideia de que não existem direitos absolutos, todos os direitos são relativizados em função da necessidade de atendimento a outros interesses de igual importância e nível.

A relatividade dos direitos fundamentais do acusado, em face do reconhecimento da realização da justiça penal como valor do Estado de Direito, é destacado pelo Tribunal Constitucional alemão no paradigmático “primeiro caso do diário”, em 1964, no qual decidiu que ao risco do sacrifício desnecessário de direitos individuais pela maior repressão:

“se contrapõe um perigo não menos perturbador: a preocupação pela garantia sem limites dos direitos de liberdade no processo penal induz uma acentuação doutrinariamente extremada destes direitos e, por essa via, impede ou paralisa (*lähmt*) a conformação e funcionamento de uma ordenação do processo penal racional-teleológica e adequada a uma eficaz realização da justiça penal.” (in ANDRADE, 1992, p. 29)

Coloca-se no interior dos limites intransponíveis à atuação estatal, formados pelas liberdades individuais e sua proteção, o interesse na persecução criminal, levando à possibilidade de ponderação entre esses valores, ocupantes, agora, do mesmo plano. (GRÜNWALD, *apud* ANDRADE, 1992, p. 35).

A tutela dos direitos fundamentais pelo processo penal, sob o prisma da ponderação, somente se sobreporia a qualquer outro no caso de inexistir um interesse específico e

---

<sup>60</sup> Este entendimento está assentado em decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, nas bases do seguinte julgado: “na medida em que o princípio do Estado de Direito contém uma ideia de justiça como componente essencial (...) ele exige também a manutenção de uma administração da justiça capaz de funcionar, sem o que não se pode ajudar a justiça a vingar. O Tribunal Constitucional tem repetidamente reconhecido nas necessidades irrenunciáveis de uma acção penal eficaz (...) acentuado o interesse público numa investigação da verdade, o mais completa o possível, no processo penal, indicado o esclarecimento dos crimes graves como tarefa essencial de uma comunidade orientada pelo princípio do Estado de Direito.”(ANDRADE, 1992, p. 184)

relevante da persecução a se considerar, se inexistir, portanto, uma violação grave contra a ordem jurídica a demandar uma resposta estatal eficaz. (AMBOS; LIMA, 2009, p. 104).

Consagra-se, então, inclusive na doutrina e jurisprudência brasileira, o entendimento de que:

“Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.” (MORAES, 2007, p. 27)

A relativização dos direitos fundamentais acarreta, por consequência, a relativização de suas garantias, no que se inserem as proibições probatórias, enquanto principal limite à persecução criminal, por isentar áreas individuais de ações investigativas.

Neste discurso, as proibições probatórias seriam tidas como colocadas à custa do enfraquecimento da eficácia e da celeridade no combate à criminalidade, um entrave exagerado à apuração da verdade, um obstáculo à realização do Estado de Direito.

Restringindo o âmbito dos direitos fundamentais do acusado, impõe-se o sacrifício das proibições de prova em nome da prevenção e repressão das ações criminosas, notadamente as de caráter mais grave. (ANDRADE, 1992).

Neste sentido se colocou também a jurisprudência norte-americana, como restou decidido em *US v. Leon* (1987), quando a Suprema Corte decidiu que: “a aplicação indiscriminada da ‘*exclusionary rule*’ – impedindo o sistema da justiça criminal de exercer a função de descoberta da verdade e permitindo que culpados fossem soltos – poderia também levar ao desrespeito da lei e da administração da justiça.”<sup>61</sup>

Admite-se, então, ainda que excepcionalmente, que apesar da ilicitude da prova, possa ela ser utilizada por exigência do atendimento de outras normas constitucionais de maior relevância vinculadas ao interesse da persecução criminal eficaz.

Acolhe-se, por esta via, aquela distinção presente no sistema alemão das proibições probatórias entre proibição de produção e proibição de utilização, a significar que a primeira não necessariamente conduz à segunda. (AMBOS; LIMA, 2009).

---

<sup>61</sup> “Indiscriminate application of the exclusionary rule -- impeding the criminal justice system's truthfinding function and allowing some guilty defendants to go free -- may well generate disrespect for the law and the administration of justice.” (US , Court Center, em <http://supreme.justia.com/>, acessado em 15/01/2011)

A proibição de utilização somente se imporá nas hipóteses em que a norma de produção violada contiver a proteção de um interesse público e quando não houver interesse público na utilização da prova ilícita<sup>62</sup>.

Não bastaria, portanto, o descumprimento a uma norma de produção para a completa imprestabilidade da prova obtida, devendo indagar se a violação afetou substancialmente o direito individual ou se existe um interesse coletivo que, sobrepondo-se, releve a violação.

Do mesmo modo, a flexibilização das proibições de prova refletem sobremaneira na teoria da contaminação das provas derivadas, gerando o entendimento de que a ilicitude da prova originária não necessariamente contaminaria as que dela derivem, visto como um preço por demais elevado ao interesse de descoberta da verdade e de repressão à criminalidade<sup>63</sup>.

Neste caso, tendo em vista o caráter disciplinar e preventivo da regra, voltado, como estudamos, principalmente para o interesse coletivo na lisura da atuação dos agentes estatais, seria necessário verificar se apesar da violação o objetivo preponderante foi atingido, sobrepondo-se ao interesse particular de desconsideração das provas derivadas.

Neste sentido caminha a jurisprudência norte-americana, tendo a Suprema Corte recentemente decidido em *Herring v. US* (2009) que:

“O fato da busca ou da prisão serem desarrazoados não necessariamente significam que a ‘exclusionary rule’ se aplica. A regra não é um direito individual e só se aplica quando o seu efeito dissuasor superar o considerável custo de deixar um culpado e possivelmente perigoso sair livre”.<sup>64</sup>

Sobressai da decisão, o que também se infere das referências anteriores, que as proibições de prova não consistiriam em um direito absoluto do acusado, servindo como um escudo atrás do qual poderia o criminoso assegurar a sua impunidade, ao contrário, somente se justificam quando inexistir um interesse coletivo que imponha a sua superação, desde que não comprometa a descoberta da verdade, contanto que não impeça a realização da persecução criminal na sua máxima eficácia.

---

<sup>62</sup> Ambos *et* Lima, 2009, p. 146.

<sup>63</sup> Pitler, citado por Andrade (1992, p. 171, tradução nossa), pela doutrina americana, afirma que: completa exclusão – em todas as situações e por todos os propósitos – de segunda e subsequentes gerações dos frutos da prova ilegalmente obtida parece lógico e desejável, a não ser que haja concorrentes motivos para restringir os efeitos da ‘exclusionary rule’. “The complete exclusion – in all situations and for all purposes – of second and subsequent generation ‘fruits’ of illegally obtained evidence seems logical and warranted, unless there are competing considerations to restrict the radiations of the exclusionary rule.”

<sup>64</sup> “The fact that a search or arrest was unreasonable does not necessarily mean that the exclusionary rule applies. The rule is not an individual right and applies only where its deterrent effect outweighs the substantial cost of letting guilty and possibly dangerous defendants go free.” (Disponível em US Supreme Court Center, em <http://supreme.justia.com/>, acessado em 15/01/2011)

No Brasil, apesar de ainda em maior escala doutrina e jurisprudência se manterem firmes no sentido da necessária proteção das liberdades individuais pela vedação constitucional às provas ilícitas, a defesa da eficácia da persecução criminal e do caráter funcional do processo penal está presente na nossa doutrina e jurisprudência, encontrando eco no clamor público, inflamado pelas opiniões midiáticas.

Já se somam, com isso, algumas decisões no sentido do caráter relativo da proibição probatória e da necessidade de seu balanceamento em face de outros interesses de igual relevância<sup>65</sup>.

Conforme se afirmou em voto da relatoria, em julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, do Habeas Corpus 3982/RJ:

“Ora, uma leitura atenta da Constituição em vigor nos mostra sua preocupação no combate à macrocriminalidade, ao crime organizado, ao tóxico etc. Desse modo, a própria Constituição nos vai oferecer elementos para interpretações e ‘atualizações’ consentâneas com *standard* instituído. Com isso, é bom que fique claro, não me quero transformar em mensageiro de violações dos direitos e garantias fundamentais. Só estou pondo em destaque que a sociedade, como um todo, também merece proteção, tanto quanto o indivíduo.”

Não apenas, como se infere, o direito penal passa a ser considerado um instrumento de resposta rápida e eficaz contra a criminalidade, pela criminalização de condutas e pelo rigor nas penas, mas também, e diria principalmente, o processo penal passa a ser considerado uma “arma” de combate ao crime organizado e a todo crime tido por grave aos anseios sociais, já que é pela via do processo penal que se franqueiam respostas mais imediatas ao clamor social.

Por esse viés, no Brasil temperamentos vêm sendo admitidos a partir do entendimento da relatividade dos direitos fundamentais do acusado, no caso o da vedação à prova ilicitamente obtida, à luz das experiências alemã e norte-americana, e pela importação de técnicas de aproveitamento e de descontaminação das provas ilícitas que os respectivos Tribunais criam.

---

<sup>65</sup> “Constitucional e Processual Penal. "Habeas Corpus". Escuta Telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do artigo 5º da Constituição, que fala que ‘são inadmissíveis...as provas obtidas por meio ilícito’, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional’ (VERFASSUNGSAKTUALISIERUNG), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (REASONABLENESS). O ‘princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas’ (EXCLUSIONARY RULE) também lá pede temperamentos. (HC nº 3982/RJ, STJ, 6ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel, D.J. 26.02.96, denegada a ordem, por unanimidade); RMS 6129 / RJ, STJ, 6ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel, D.J. 12/06/96;

Necessário, entretanto, o enfrentamento acerca da compatibilidade dessas técnicas com o processo democrático em um Estado Democrático de Direito, que exige provimentos amparados na dialogicidade processual pela procedimentação dos argumentos, jamais em conteúdos de autoridade e de discricionariedade.

A conclusão acerca dessa compatibilidade passa pelo estudo das flexibilizações diante do modelo constitucional de processo, notadamente no que se refere ao direito das partes de participação na produção da decisão, à devida procedimentação da prova e o respeito às liberdades individuais como finalidade precípua.

Antes, contudo, cumpre-nos analisar como essa flexibilização vem sendo admitida, pelos estudos das técnicas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, em importação de técnicas estrangeiras.

## **5.2. Técnicas de Aproveitamento e de Descontaminação das Provas Ilícitas**

### **5.2.1. Conteúdo e Abrangência**

As técnicas<sup>66</sup> de aproveitamento e de descontaminação das provas ilícitas são expedientes criados pelos tribunais, amparados pela ponderação entre o interesse particular do acusado e o interesse coletivo da persecução eficaz, que excepcionam a aplicação de uma proibição de prova.

Tais técnicas incidem sobre a prova originária, eivada de ilicitude, ou sobre a prova derivada, afastando a contaminação, e, às vezes, sobre ambas, permitindo, em qualquer caso, a introdução da prova no procedimento e a sua valoração pelo juiz. (TOMKOVICZ, 1997, p. 218)

As técnicas de aproveitamento não afastam a ilicitude da prova, ao contrário, a reconhece, mas, por critérios de ponderação de interesses em conflito, a releva e permite a utilização da prova. Já as técnicas de descontaminação abrem exceções às proibições de

---

<sup>66</sup> Seguindo lições de Rosemiro Pereira Leal, a técnica corresponde a “**procedimentos** conjugados e bem orientados para produzir **resultados úteis**” (LEAL, 2008, p. 42), de maneira se preocupam apenas com a utilidade do conhecimento.

produção da prova e, assim, não reconhecem a ocorrência de ilegalidade, originária ou derivada.

São inúmeras as técnicas criadas pelos Tribunais alemães e estadunidenses, de maneira que concentraremos o estudo naquelas importadas pelos tribunais e legislação brasileira, como se colhe da jurisprudência e do artigo 157, do Código de Processo Penal brasileiro.

De toda sorte, fica a advertência de que todas as demais técnicas se apóiam sobre as mesmas premissas abordadas, notadamente de supremacia do interesse público (apuração do fato) sobre o privado (liberdade individual), dando aos Tribunais um fértil campo para criação de exceções às proibições de prova com o fim último de assegurar a eficácia da persecução e a apuração da verdade.

### **5.2.2. As Técnicas do Direito Americano e uma Crítica à Adesão Brasileira**

Ao abordarmos o sistema estadunidense de proibições de prova, as *exclusionary rules*, enfatizamos que está amparado nos direitos de índole processual presentes na Constituição americana, notadamente nas IV e V Emendas, e se destina especialmente a assegurar a lisura na atuação dos órgãos encarregados da persecução criminal, com o efeito dissuasivo de violarem os limites legais de produção de prova, no que denominam de “*deterrent effect*”.

Entretanto, reconhecendo que as regras de exclusão da prova ilícita não são um direito do acusado, devendo ser levado em consideração outros fatores de índole coletiva, tudo como visto acima, os Tribunais americanos, em destaque a Suprema Corte, criaram “*exceptions to the exclusionary rules*”, isto é, exceções às regras de proibição probatória, que compreendem aquelas técnicas de aproveitamento e de descontaminação das quais falamos.

Três dessas técnicas foram acolhidas pelo Código de Processo Penal brasileiro, no seu artigo 157, com a redação dada pela Lei 11960, de 9 de junho de 2008, pelo que nos limitares às suas abordagens.

### 5.2.2.1. Fonte Independente (*Independent Source*)

Da mesma forma que são inúmeras as *exclusionary rules*, também o são as suas *exceptions*. Cuidaremos, inicialmente, da “*independent source*”, traduzindo, fonte independente, cuja incidência é própria nas hipóteses de contaminação das provas derivadas. Representa, portanto, uma exceção à regra “dos frutos da árvore envenenada”.

Decorrente do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920) perante a Suprema Corte americana, fixou-se o entendimento de que: “Se o conhecimento dos fatos foi obtido por uma fonte independente eles podem ser provados como qualquer outro, mas o conhecimento decorrente do próprio erro estatal não pode ser utilizado no sentido proposto.”<sup>67</sup> (tradução nossa)

Trata-se, portanto, da situação em que a mesma informação é obtida por dois meios de prova, sendo um ilegal e o outro legal, sem haver, frise-se, qualquer nexo entre eles. Como um dos meios utilizados não violou qualquer proibição probatória, admite-se a prova obtida, que não estará contaminada pela primeira, vez que a ela não se liga.

Destaca a doutrina americana que:

“Apesar da doutrina da fonte independente ser tipicamente referida como uma exceção às ‘*exclusionary rules*’, de fato não é. As ‘*exclusionary rules*’ incidem apenas às provas derivadas imediata ou secundariamente de uma ilegalidade. (...) Prova derivada de uma fonte independente é admissível não porque se qualifica por uma ‘*exception to the exclusionary rules*’ mas porque não foi obtida por meios que a sujeitem à exclusão.”<sup>68</sup> (TOMKOVICZ, 1997, p. 219, tradução nossa)

Não haveria, desta forma, a aplicação de uma exceção à regra de exclusão da prova ilicitamente obtida, já que inexistente ilicitude pela inocorrência de comunicabilidade entre os meios de prova em torno do mesmo fato.

Contudo, por se tratar de uma técnica de análise da contaminação dos meios e elementos de prova, para se verificar a sua admissibilidade ou não, pode ser inserida no campo das exceções, principalmente considerando as críticas em torno da discricionariedade

<sup>67</sup> “If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it in the way proposed”. (US Supreme Court Center, em <http://supreme.justia.com/>, acessado em 15/01/2011)

<sup>68</sup> “Although the independent source doctrine is typically referred to as an exception to the exclusionary rules, in fact it is not. The exclusionary rules apply only to evidence that is derived immediately or secondarily from an illegality. (...) Evidence derived from an independent source is admissible not because it qualifies for an exception to the exclusionary rules but because it has not been acquired by means that make it subject to exclusion.”

na análise do nexos entre os meios de provas utilizados, revelando-se verdadeiro instrumento de descontaminação.

Argumenta-se na doutrina americana, em crítica à técnica, que não é possível desfazer o mal<sup>69</sup>, pois sempre é possível que a utilização lícita do segundo meio tenha sido determinada ou estimulada pela descoberta ilícita, de modo que haveria um nexos de dependência entre os meios e os elementos. (LAFAVE;ISRAEL, 1992, p. 474; Murray v. US (1988))

Assim, os policiais sabendo que a violação anterior poderá ser encoberta pela utilização, agora lícita, de outro meio de prova em torno dos mesmos fatos, a proibição não teria eficácia alguma. Basta valerem-se de um segundo meio que não apresenta, *prima facie*, qualquer nexos com o meio ilícito anterior. (LAFAVE;ISRAEL, 1992,p. 474).

Não haveria, neste caso, um método objetivo de se assegurar a absoluta independência entre as fontes, diante da suscetibilidade de encobertamento da conexão pelos responsáveis pela persecução.

Ligado a isto, outro problema significativo da fonte independente apontado, está no fato de se exigir a prova da conexão entre os meios de prova para se reconhecer a contaminação e afastar a exceção, ao invés de se exigir, como deveria, a demonstração da inexistência em absoluto de conexão. (Lopes Júnior, 2008).

A regra é a aplicação da exceção, isto é, do aproveitamento da segunda prova. Para afastamento da exceção, buscando excluir as provas, incumbe ao acusado provar o nexos entre os meios de prova, ou seja, a contaminação, (Nardone v. US (1939)), sob pena de sofrer a admissão da prova obtida, o que viola, frontalmente, a distribuição do ônus de prova no processo penal.

Afinal, a alegação de que os meios não se comunicam obviamente será da acusação, de modo que deveria caber a ela, inclusive como regra geral de prova, demonstrar o que alega.

Estes mesmos questionamentos podem, e devem, ser colocados frente ao disposto no §1º, do artigo 157, do Código de Processo Penal brasileiro, criado pela Lei 11690/08, com o seguinte teor: “ São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.” (BRASIL, 2010, p. 380)

Adere, por dispositivo legal, pela sua primeira ressalva (“salvo quando não evidenciado o nexos de causalidade entre umas e outras”), o processo penal brasileiro à

---

<sup>69</sup> “To get the cat back into the bag”.

exceção da exclusão da prova por ilicitude em decorrência da independência dos meios empregados.

Cumprе registrar, entretanto, que os Tribunais pátrios já se valiam, mesmo antes da previsão legal, dessa teoria, conhecida como fonte autônoma de prova, afastando a aplicação do princípio das provas ilícitas por derivação, tendo, inclusive, o Supremo Tribunal Federal decidido no sentido de que<sup>70</sup>:

“Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.” (RHC 90376/RJ, STF, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, Julgamento em 03/04/07, DJ 18/07/07)

Entretanto, como se colhe das impugnações feitas pela própria doutrina americana, não há garantia da absoluta inexistência de nexο causal entre os meios e, por conseguinte, a absoluta segurança de que o julgamento não se assenta na prova ilícita excluída, revelando-se uma técnica amparada na discricionariedade do julgador, suscetível a se tornar instrumento de convalidação de ilegalidades. (GOMES FILHO, 2008; BARROS, 2009b). Filiamo-nos à crítica de Aury Lopes Júnior de que:

“A garantia da jurisdição vai muito além da mera presença de um juiz (natural, imparcial, etc.): ela está relacionada com a *qualidade da jurisdição*. A garantia de que alguém será julgado somente a partir da prova judicializada (nada de condenações com base nos atos de investigação do inquérito policial) e com plena observância de todas as regras do devido processo legal.” (2009, p. 559)

Tudo isso flagrantemente se assenta em critérios discricionários, dando ao julgador uma ampla liberdade na valoração da prova, sem exigir-lhe, por decorrência do devido processo legal e do contraditório, que somente extraia da dialogicidade processual os fundamentos da decisão, não mais um ato isolado do juiz.

Não se pode confundir a fonte independente com outro expediente muito adotado pelos Tribunais brasileiros que consiste na não anulação de sentença fundamentada em mais de um elemento de prova<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> Do mesmo modo: STF, HC 93050/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., Julg. 10/06/08, DJ 01/08/08; STJ, HC 70887/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., Julg. 22/04/08, DJ 16/06/08.

<sup>71</sup> STF, HC 73425/0R, Rel. Min. Mauricio Corrêa, 2ª T. Julg. 30/04/96, DJ 18/08/01; STF, HC 95798/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª T., Julg. 28/04/09, DJ 14/05/09, STF, RHC 99057, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T., Julg.

Neste caso não necessariamente se questiona a possível conexão entre os meios de prova em torno de um mesmo elemento, isto é, não está em questão o reconhecimento da derivação de um meio em relação a outro.

Este entendimento está amparado no princípio do livre convencimento motivado, que faculta ao julgador, desde que expressamente amparado nas provas presentes nos autos, forme o seu convencimento. Como este convencimento está atrelado a mais de um fundamento, a exclusão de apenas um deles não alteraria a conclusão do julgamento, de modo que seria despiciendo anular uma sentença que se repetiria na reanálise frente aos demais elementos existentes.

O que temos aqui não é uma técnica de aproveitamento ou de descontaminação de uma prova, mas de toda uma decisão, pela incidência da nefasta exigência da demonstração de prejuízo como condição para declaração da nulidade, o que merece o devido estudo em outra oportunidade.

Por essas razões acerca da fonte independente, é possível concluirmos que esta técnica representa um instrumento de descontaminação de provas ilícitas a fim de assegurar a eficácia da investigação, excepcionando a vedação constitucional às provas ilícitas.

E por assentar-se na discricionariedade do julgador, secundarizando a participação dos interessados, e violando o devido processo legal de produção e valorização da prova, fica evidenciada a sua incompatibilidade com a base principiológica que compõe o processo.

#### **5.2.2.2. Descoberta Inevitável (*Inevitable Discovery*)**

Passando, agora, ao estudo de outra *exception to the exclusionary rule*, a descoberta inevitável (*inevitable discovery*), verificaremos que os fundamentos também merecem severas críticas, a se ver pelo seu descompasso com um processo democrático.

A relevância de sua análise está na adesão do Código de Processo Penal brasileiro a esta técnica, frente à segunda ressalva prevista no §1º, do artigo 157, do Código de Processo Penal brasileiro, salvo “quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.” (BRASIL, 2010, p. 380, sublinhamos)

Complementada, pela previsão no §2º, do mesmo artigo, que prescreve: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.” (destacamos)

Apesar da menção à fonte independente, trata-se, na verdade, da técnica da descoberta inevitável, como veremos pelo estudo de seus fundamentos, também encontrados no sistema de proibições norte-americano. (Gomes Filho, 2008).

Apontada como uma variação da *independent source*, mas recaindo tanto sobre a fonte principal como na derivada, a *inevitable discovery* se assenta na verificação em torno da possibilidade de os órgãos de persecução, hipoteticamente, puderem ter-se valido de um meio lícito de prova, ao invés do ilícito utilizado, capaz de levar ao mesmo resultado. (LAFAVE;ISRAEL, 1992, p. 475; TOMKOVICZ, 1997, p. 220; ISRAEL, 1993, p. 292).

Assim, diferentemente da fonte independente, nesta técnica de descontaminação não se indaga sobre a conexão entre os meios de prova ilícito e lícito, não se perscruta se existe nexos de causalidade entre as provas, se uma seria decorrência direta da outra. Verifica-se se, em tese, pela experiência, seria possível a utilização de um meio lícito, capaz do mesmo resultado que o ilícito.

Assentada esta exclusão em *Nix v. Williams* (1984), a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, afastando a ilicitude derivada, que: “A exclusão de provas físicas que inevitavelmente seriam descobertas nada acrescenta à integridade ou à justiça do julgamento criminal. Tampouco asseguraria a equidade tida como uma garantia do sistema adversarial de justiça.”<sup>72</sup> (tradução nossa)

Preocupados em assegurar a lisura na ação policial (*deterrent effect*), se ocupam apenas da verificação se os órgãos de persecução se beneficiaram da violação de uma proibição, colocando-se numa posição de vantagem, independentemente de boa-fé ou de má-fé. Verificando que inexistiu qualquer vantagem na ação ilícita, já que pelos meios legais chegariam ao mesmo resultado, não haveria que se excluir a prova obtida. (NIX V. WILLIAMS (1984); TOMKOVICZ, 1997, p. 221).

A principal crítica da doutrina americana contra a descoberta inevitável está no argumento de que esta técnica se baseia em conjecturas, pois não é possível aferir a real e

---

<sup>72</sup> “Exclusion of physical evidence that would inevitably have been discovered adds nothing to either the integrity or fairness of a criminal trial. Nor would suppression ensure fairness on the theory that it tends to safeguard the adversary system of justice.” (US Supreme Court Center, em <http://supreme.justia.com/>, acessado em 20/01/2011)

concreta possibilidade da descoberta se outro meio *tivesse sido* utilizado. (LAFAVE;ISRAEL, 1992, p. 475).

Por isso defendem alguns que esta técnica somente seria aplicável se demonstrada a boa-fé dos policiais e desde que os meios legais já estivessem em andamento, o que, entretanto, não é exigido pelos Tribunais.

A defesa se sustenta no argumento de que o raciocínio empregado na exceção leva os órgãos de investigação a buscar atalhos marcados pela ilicitude, quando soubessem de antemão que por um outro meio lícito, mas mais complexo e trabalhoso, se alcançaria o mesmo resultado. (LAFAVE;ISRAEL, 1992, p. 475).

Certamente a mesma crítica pode ser feita em relação aos §1º e §2º, do artigo 157, do Código de Processo Penal brasileiro, já que estrutura a exceção nas mesmas bases norte-americanas.

Conjugando os dispositivos depreende-se que quando uma prova pudesse (mera possibilidade) ter sido obtida, pelo emprego dos meios legais de praxe, capazes, pela experiência, de fornecer o mesmo resultado, a ilicitude do meio efetivamente empregado será desconsiderado.

Apóia-se, como vemos, em uma análise estritamente conjectural, sequer exigindo que o meio lícito já estivesse em andamento, pelo que fazemos coro com as críticas apresentadas pela doutrina nacional no sentido da inexistência de parâmetros objetivos e singulares que permitam a conclusão em torno da inevitabilidade. (AVOLIO, 2010; GOMES FILHO, 2008).

Por isso, do mesmo modo que ocorre com a fonte independente, esta técnica também se assenta em critérios discricionários de exceção à vedação às provas ilícitas, cabendo ao julgador a liberdade no entendimento acerca da provável inevitabilidade da descoberta, admitindo a prova ilícita, violando direitos fundamentais. (GOMES FILHO, 2008).

Além disso, viola-se o devido processo legal já que o possível meio não foi sequer procedimentalizado. Ele, em verdade, inexistente, de modo que esta prova não foi judicializada sob o crivo do contraditório e das regras procedimentais aplicáveis à produção probatória.

Em que pese essas críticas, a recém adotada técnica vem sendo aplicada pelos Tribunais brasileiros sem apresentarem qualquer objeção quanto às suas bases teóricas, como se colhe do julgamento no Habeas Corpus 52955/AL<sup>73</sup>, perante o Superior Tribunal de Justiça, quando se assentou no voto do relator que:

---

<sup>73</sup> EMENTA: Habeas Corpus. Furto qualificado. Condenação. Obtenção de documento de transferência bancária. Sigilo bancário. Ausência de autorização judicial. Prova supostamente ilegal. Ilicitude das demais provas por

“o § 2º do art. 157 do CPP serve, em última análise, para mitigar a teoria da contaminação da prova, restringindo-a para os casos em que a prova ilícita foi absolutamente determinante para a descoberta da prova derivada que, sem aquela não existiria, o que não aconteceu na espécie. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta seria inevitável.”

Reiteramos, contudo, que a base argumentativa apresentada pela acusação e pela defesa condiciona, por força da regra constitucional de motivação dos atos decisórios vinculada ao contraditório, a fundamentação da sentença, especialmente como forma de possibilitar a fiscalização permanente dos conteúdos decisórios.

Não é possível admitir, até por normas processuais expressas, a condenação com base em uma suposição, uma mera conjectura, resumindo, em uma prova que não consta nos autos do procedimento, afinal *quod non est in actis non est in mundo*.<sup>74</sup>

O juiz está adstrito, pelo princípio da fundamentação das decisões conectado pelo princípio do contraditório, a julgar a partir dos argumentos produzido pelas partes em paridade e procedimentalizada segundo o regramento legal, de maneira que o conteúdo do provimento, vincula-se à atividade desempenhada pelas partes e ao atendimento das regras procedimentais, jamais em análises conjecturais e de futurologia.

### 5.2.2.3. Conexão Atenuada (*Attenuated Connection*)

Depreende-se das técnicas da fonte independente e da descoberta inevitável, acolhidas pelo artigo 157, do Código de Processo Penal brasileiro, com o registro de nossa crítica, que incidem sobre a verificação do nexos de causalidade entre os meios e elementos de prova existentes, com fito de determinar se existe uma relação de causa e efeito entre eles, ou seja, se há derivação.

---

derivação. Pacientes que não podem se beneficiar com a própria torpeza. Conhecimento inevitável. Nulidade. Não ocorrência. (STJ, HC 52955/AL, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T., Julg. 16/09/10, DJe 04/10/10);

<sup>74</sup> Artigo 155, do Código de Processo Penal brasileiro: “O juiz formará sua **convicção** pela livre apreciação da **prova** produzida em **contraditório** judicial (...)” (destacamos)

Pela redação do artigo em comento, é importante o estudo de outra exceção à regra de exclusão da prova ilícita que também incide sobre o nexo de causalidade entre as fontes de prova, possível de ser inserido na exceção prevista no seu §1º: “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras”.

Isto porque ao tratar o dispositivo da “não evidência do nexo” não destaca a necessidade de se fazer essa análise no momento de produção da prova, abrindo margem para interpretação no sentido da verificação da conexão no momento da decisão, quando já pode ter sido atenuado, ou até mesmo superada na totalidade.

A *attenuated connection*, também chamada de “*purged taint*”<sup>75</sup>, é uma exceção à exclusão da prova contaminada, admitindo-a, portanto, quando a conexão entre os meios ou elementos de prova se atenua de tal modo a dissipar toda a nódoa existente.

Isso decorre do fato de a prova derivada se ligar, no curso processual, a outras fontes lícitas, perdendo a sua conexão, *prima facie*, com aquela ilícita originária. O próprio tempo é um fator que contribui para a atenuação da conexão.

Não se trata da completa inexistência de conexão, como na fonte independente, tampouco da possibilidade de lançar mão de um outro meio lícito de mesmo resultado, mas da perda, por circunstâncias que incidam sobre a cadeia de provas, que dissipa a mácula existente na prova derivada.

É o que entendeu a Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *Wong Sun v. US* (1963), no qual o acusado preso ilegalmente, por falta de justa causa para expedição do mandado de prisão, depois de solto, retornou ao departamento policial e prestou voluntariamente declarações. Para aquela Suprema Corte o nexo entre a prisão e as declarações posteriores estava tão atenuado que não era possível concluir pela confissão como fruto da árvore envenenada<sup>76</sup>.

Como não estava evidenciado o nexo de causalidade entre a prisão ilegal e a confissão legalmente feita, não era possível concluir pela contaminação das declarações, admitindo-se as declarações do acusado.

É no que nos parece inserir o entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento do Habeas Corpus 87654/PR, de relatoria da Min. Ellen Grace, no qual se

---

<sup>75</sup> Remoção do vício (tradução nossa)

<sup>76</sup> Disponível em US Supreme Court Center, em <http://supreme.justia.com/>, acesso em 12/01/2011.

decidiu que: “Eventual vício na primeira apreensão, que foi desconstituída judicialmente, não contamina a segunda apreensão, que foi precedida de prévia autorização judicial.”<sup>77</sup>

Neste caso, após ter sido invalidada as provas obtidas pelo Fisco, por meio de Mandado de Segurança, diante da inexistência de ordem judicial, o Ministério Público, em seguida, obteve judicialmente a quebra do sigilo fiscal e apurou os mesmos elementos de prova.

Frise-se que, em voto de divergência, o Min. Celso de Melo entendeu pela ilicitude por derivação da documentação apreendida, contaminada pela primeira busca, faltando justa causa para a instauração do inquérito, ao que deferiu a ordem.

Entretanto, em que pese a louvável conclusão da divergência, decidiu-se no sentido de “não evidenciado o nexo de causalidade”, afastando a contaminação de um meio por outro.

Possível, portanto, pela redação do §1º, do artigo 157, do Código de Processo Penal, identificarmos a possibilidade de incidência desta técnica que também excepciona a proibição probatória, merecendo as mesmas críticas das anteriores, notadamente pela discricionariedade e pela violação de garantias.

É necessária uma melhor compreensão acerca do nexo causal, sob pena de abrir margens para todo tipo de técnica de descontaminação, pelo que cabe acolher a advertência de Aury Lopes Júnior de que:

“A noção de nexo causal deve ser ampliada quando se trata de reconhecer a contaminação. Ou seja, até que se demonstre o contrário, a prova produzida a continuação daquela ilícita deverá ser tida como contaminada, desde que mantenha um mínimo de relação de causa-efeito (obviamente, se ficar evidente a independência, não há que se anular as demais provas.)”(2009, p. 557)

Para que a teoria da ilicitude por derivação seja afastada, é necessária a devida comprovação de que a segunda prova provém de uma fonte absolutamente independente, em nada se relacionando à anterior, ou seja, que seja fruto de uma outra árvore.

---

<sup>77</sup> Ementa: Crime contra a ordem econômica (Lei 8.176/91). Inquérito policial instaurado com base em apreensão ilícita de documentos. Trancamento pretendido. 1. Eventual vício na primeira apreensão, que foi desconstituída judicialmente, não contamina a segunda apreensão, que foi precedida de prévia autorização judicial. Discutível, ademais, cogitar-se de apreensão ilícita, uma vez que a comunicação de possível crime ao Ministério Público não configura afronta ao sigilo fiscal (CTN, art. 198, § 3º, I). 2. Habeas corpus indeferido. (STF, HC 87654 / PR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T., Julg: 07/03/2006 DJ 20-04-2006). Acolhendo expressamente a conexão atenuada, com base no artigo 157, do CPP, temos: TJSP, RSE 0016101-69.2010.8.26.0000, Rel. Des. Sydnei de Oliveira Jr., 7ª Cam. Crim., Julg. 26/08/10, Publ. 13/09/10; Apelação 0000189-97.2006.7.26.0444, Rel. Des. João Morenghi, 12ª Cam. Crim. Julg. 04/08/10, Publ. 14/09/10

Compete à acusação demonstrar a autonomia da prova apresentada, submetendo tal argumentação ao contraditório, vedando-se ao juiz decidir com base em juízos de oportunidade no claro intuito de preservar, a todo custo, a prova contaminada.

Ocorre que, por tudo o que vimos das técnicas abordadas, inclusive como dispostas no artigo 157, pela sua redação, elas não contem a preocupação com a comprovação da independência absoluta e abrem ampla margem para a discricionariedade judicial.

E atrelado a tudo isso está a abertura para se fazer do processo penal um instrumento de persecução em busca de uma verdade, a todo custo, em detrimento dos direitos individuais do acusado.

Representam a instrumentalização do Estado para a máxima rapidez e eficácia da “justiça criminal” no mister de busca pela verdade e punição do criminoso. Pela relativização e funcionalização dos preceitos processuais penais, as reputamos inadmissíveis na perspectiva de um processo comprometido com a realização dos direitos fundamentais e com a estrita observância ao procedimento processualizado.

Mesmo sem adentrarmos na inconstitucionalidade da exceção criada a uma norma constitucional, objeto de análise em seguida, é possível concluir que as exceções à vedação constitucional às provas ilícitas amparadas em juízos de pura discricionariedade, infringindo dispositivos constitucionais do processo, acarretando a violação dos direitos fundamentais do acusado, como as técnicas previstas no artigo 157, do Código de Processo Penal brasileiro, incorrem em flagrante inconstitucionalidade, como bem concluiu Flaviane de Magalhães Barros:

“Com ressalta Coutinho, os §§1º e 2º criam restrições onde a Constituição não criou. Pior ainda, estabelece critérios abertos e gerais para a não-aplicação da garantia constitucional da proibição de provas ilícitas, ampliando, ainda mais, o subjetivismo do juiz que decidirá quando se trata de fonte autônoma e quando não há nexos de causalidade.” (2009, p. 43)

### **5.2.3. A Técnica da Proporcionalidade do Direito Alemão e a Posição Brasileira**

#### **5.2.3.1. A Teoria da Proporcionalidade**

Originou-se no sistema de proibições de prova alemão, principalmente a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional, o entendimento, no campo processual penal, de que os direitos individuais do acusado, não são absolutos, razão pela qual necessitam ser ponderados em face de outros interesses de igual importância para o Estado de Direito, no caso, uma persecução criminal eficaz.

Não seria possível, segundo este entendimento, que a tutela processual dos direitos do acusado se sobrepusesse em níveis absolutos sobre o interesse coletivo na persecução criminal eficaz, indispensável para a plena realização do Estado de Direito.

As proibições de prova, enquanto barreiras legais à livre atuação estatal na apuração do crime para proteção das liberdades individuais do acusado, não poderiam, por conseguinte, ser consideradas em níveis também absolutos, mas relativas em ponderação ao interesse na persecução criminal eficaz, admitindo exceções.

Por este entendimento, autoriza-se que, em razão do nível de importância do interesse coletivo em confronto com o particular do acusado, seja admitida prova obtida ilicitamente.

Nestes termos, transpondo para o direito brasileiro, a regra presente no inciso LVI, do artigo 5º, da Constituição brasileira de 1988, que determina a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos não poderia ser acolhida de modo absoluto, exigindo a sua confrontação com os demais interesses presentes, verificando-se qual a medida mais proporcional à espécie.

O princípio da proporcionalidade se caracteriza, neste caso, como uma técnica de aproveitamento da prova ilícita, originária ou derivada, a partir do sopesamento do entre o interesse da persecução penal eficiente e os interesses do acusado na preservação dos seus direitos fundamentais.

A origem<sup>78</sup> desta concepção, entretanto, não está no Direito Processual Penal, mas no Direito Administrativo, como mecanismo de controle do poder de polícia para se evitar atos administrativos arbitrários pela proibição de excesso. (CANOTILHO, 2002; BONAVIDES, 1999).

Mas somente com o seu posterior acolhimento pelo Direito Constitucional, principalmente por obra dos Tribunais Constitucionais, notadamente na Alemanha, com o objetivo de assegurar a unidade da Constituição, da sua máxima efetividade e, principalmente, da concordância prática ou harmonização entre os bens constitucionais<sup>79</sup>, vinculando-se aos direitos fundamentais, que o princípio alcança a importância e a difusão atual.

---

<sup>78</sup> Sobre as remotas origens do princípio: AVOLIO, 2010, p. 66-67.

<sup>79</sup> Sobre esses princípios de interpretação constitucional: LENZA, 2008, p. 72-73.

Manteve das suas origens a configuração como um instrumento de controle de excessos na atuação estatal, apresentando como principais funções a “contenção dos poderes do Estado” e “guarda eficaz dos direitos fundamentais”. (BONAVIDES, 1999, p. 364).

Reconhece-se o princípio da proporcionalidade como da própria essência do Estado de Direito, em decorrência do princípio da constitucionalidade, que “deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.” (BONAVIDES, 1999, p. 362)

Pela proporcionalidade visa-se assegurar todos os direitos fundamentais, buscando evitar o sacrifício completo de qualquer deles, tendo:

“por escopo – como sua designação deixa antever – a vontade de evitar resultados desproporcionais e injustos, baseado em valores fundamentais conflitantes, ou seja, o reconhecimento e a aplicação do princípio permite vislumbrar a circunstância de que o propósito constitucional de proteger determinados valores fundamentais deve ceder quando a observância intransigente de tal orientação importar na violação de outro direito fundamental ainda mais valorado.” (PORTO, 2003, p. 6)

A sua formulação se assenta em três elementos, amplamente acolhidos: a) a adequação, entendida como a eficácia do meio escolhido para fomentar o fim almejado; b) a necessidade, enquanto a exigência de utilização da medida menos gravosa; c) proporcionalidade estrita, isto é, o sopesamento entre a importância da realização de um direito e do grau de restrição ao outro. (SILVA, 2002).

O que se pretende com a proporcionalidade é assegurar o bem jurídico preponderante no caso, sem, contudo, esvaziar o conteúdo dos demais que com o primeiro colidiram, para que, em outra situação, a depender das condições jurídicas e fáticas, possam, preponderar em face do primeiro.

O entendimento disso passa pela compreensão em torno da distinção que difundida doutrina faz entre princípios e regras, incidindo a proporcionalidade apenas no conflito entre os primeiros.

Para Alexy, desenvolvendo as ideias iniciais de Esser, as normas jurídicas se dividem em regras e princípios. Enquanto as regras são aplicadas pelo critério do tudo ou nada, por modo de subsunção, os princípios dão mandados de otimização a serem aplicados na maior medida do possível em conta às condições jurídicas e fáticas presentes, pelo sopesamento dos princípios colidentes. (ALEXY, 2002; BRÊTAS, 2004; BONAVIDES, 1999).

Desta forma, havendo conflito entre regras, uma excepcionará a outra, diante da especialidade na regulação da situação em análise. Já no conflito entre princípios é necessário,

pelos elementos destacados, ponderar qual possui maior peso e, por isso, incidirá, sem invalidar o conteúdo do outro.

Como a relação entre os elementos variam diante das situações concretas, diferentemente das regras que possuem as possibilidades de aplicação delimitadas pelo seu próprio conteúdo, a precedência de um princípio sobre outro é condicionado às circunstâncias do caso concreto.

Como, para essa doutrina, os direitos fundamentais estão apoiados em diversos princípios, sendo inevitável estabelecer relações de preferência diante das colisões, o princípio da proporcionalidade, por seus elementos, apresentaria a grande vantagem de “impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva.” (ALEXY, 1998, p. 12)

Com os mesmos fundamentos, a teoria da proporcionalidade é reconhecida pela doutrina brasileira como presente na Constituição de 1988, apesar da inexistência de um dispositivo expreso. Reconhece-se pela própria estrutura dos direitos fundamentais, por alguns dispositivos específicos, como da legalidade (artigo 5º, inciso II) e do devido processo legal substancial (artigo 5º, inciso LIV), ou como algo imanente ao próprio Estado de Direito. (SILVA, 2002, BARROSO, 2005; BONAVIDES, 1999).

A sua difusão entre nós se deve, principalmente, à adoção do princípio como fundamento em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, em inúmeras matérias em que houve uma colisão de princípios em torno da aplicação e dos limites de um direito fundamental. (MENDES, 2000)

Entretanto, a aplicação da proporcionalidade nas hipóteses envolvendo o princípio da vedação às provas ilícitas não é ponto pacífico, pugnando parte minoritária da doutrina, com acolhimento pelos Tribunais pátrios em algumas situações, pela relatividade da norma inscrita no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição.

### **5.2.3.2. A Teoria da Proporcionalidade e a Admissibilidade das Provas Ilícitas no Brasil**

No Brasil, a defesa pela aplicação da proporcionalidade também nas matérias de processo penal<sup>80</sup>, especificamente no campo das proibições de prova, igualmente se assenta

---

<sup>80</sup> Em outros assuntos de processo penal o princípio da proporcionalidade, mais no sentido da razoabilidade, tem sido aplicado sem maiores impugnações, a exemplo da duração das medidas cautelares, inclusive de prisão preventiva.

sobre os fundamentos de que inexistem direitos absolutos e de que os interesses coletivos envolvidos na persecução também devem ser levados em consideração na decisão de inadmissibilidade ou não de uma prova ilicitamente obtida.

Apresentam, também, outros fundamentos político-criminais, a exemplo de quando se defende a exceção em casos de crimes graves ou quando houver predominante interesse público.<sup>81</sup>

No sentido da relatividade da vedação constitucional, em que pese a dicção constitucional indicativa em contrário, se afirma que:

“O texto constitucional parece, contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém, que a regra não seja absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito.” (GRECO FILHO, 1995, p.178)

Na jurisprudência pátria é possível identificarmos algumas situações em que a proporcionalidade vem sendo aplicada pelo reconhecimento de um interesse coletivo que suplanta o particular pela exclusão da prova ilícita.

Na primeira, conhecida como “admissibilidade da prova ilícita *pro reo*”, se entende que um Estado Democrático de Direito, pautado pela constitucionalidade e pela dignidade da pessoa humana, não pode consentir, em hipótese alguma, com a condenação de um inocente, devendo-se assegurar o princípio *favor rei*.<sup>82</sup>

Aliás, como dissemos no início deste trabalho, valendo-nos das lições de Mittermaier, a própria regulamentação da prova é posta com a finalidade de assegurar a necessidade de nunca castigar um inocente.

Neste caso, alega-se também que sequer seria possível considerar a prova ilícita diante da situação de legítima defesa ou de estado de necessidade em que o réu obteve a prova,

---

<sup>81</sup> “São críticas à garantia da inadmissibilidade à luz da funcionalidade do processo: nem sempre a exclusão da prova irá permitir um efeito dissuasório efetivo; nem sempre a admissão de provas verídicas, ainda que obtidas com alguma violação material, acarretará a injustiça no julgamento; em muitas situações (especialmente diante de crimes mais graves) a exclusão da prova obtida de forma ilícita, mas verídica, causa muito mais descrédito à integridade judicial que a sua admissão, sob uma perspectiva comunitarista; a inadmissibilidade constitui em muitas situações um instrumento de imunização da classe alta contra seus delitos; a inadmissibilidade das provas ilícitas não é um princípio absoluto, mas deve ser ponderada com os demais princípios conflitantes.” (ÁVILA, 2007, p. 280)

<sup>82</sup> “Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa” Súmula 50 das Mesas de Processo Penal, do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

excluindo a ilicitude<sup>83</sup>, conforme previsão legal, ou até mesmo pela inexigibilidade de conduta diversa<sup>84</sup>.

Estes argumentos são postos principalmente por aqueles que defendem um caráter absoluto à vedação constitucional, de modo que não precisariam fazer qualquer tipo de concessão à flexibilização da norma.

Contudo, mesmo estes, admitem a proporcionalidade em favor do réu porque assim não se estaria violando a finalidade do processo penal e do regime de proibições de prova de tutela dos direitos fundamentais do acusado e de limite à persecução criminal, que orientam a vedação presente no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição de 1988.

Outra hipótese de flexibilização da vedação pelo critério da proporcionalidade se encontra no entendimento presente em diversos julgamentos dos Tribunais Superiores, inclusive no Supremo Tribunal Federal, de que a garantia não pode ser utilizada como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas, beneficiando-se da própria torpeza.<sup>85</sup>

Argumenta-se que a garantia é posta para assegurar a devida fruição das liberdades individuais, de maneira que o abuso desse direito representaria ilícito não amparado pela vedação à prova ilicitamente obtida.

No mesmo sentido é a aplicação da proporcionalidade nos caso de crimes cometidos no âmbito de repartições públicas, dando-se prevalência à publicidade e a moralidade administrativa, exigíveis de todo servidor público que não podem se valer da garantia constitucional para assegurar o cometimento de práticas ilícitas<sup>86</sup>. Nestes casos afirma a doutrina que “não pode ser ilícito determinado meio probatório que dá cumprimento ao comando constitucional, trazendo a público elementos pertinentes ao comportamento dos agentes administrativos em sua mais ampla acepção.” (MELLO, 2000, p. 132-133)

Contudo, em que pese essas exceções, o que se verifica é a existência de uma grande resistência da doutrina e da jurisprudência em acolher sem reservas o princípio da proporcionalidade *pro societate*, pelo reconhecido risco de violação aos direitos fundamentais.

---

<sup>83</sup> Neste sentido STF, HC 74678/DF, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª T., Julg. 10/06/97, DJ 15/08/97.

<sup>84</sup> Alexandre de Moraes defende, à luz de diversos posicionamento do Supremo Tribunal Federal a exclusão da ilicitude também quando a vítima agisse em legítima defesa, exemplificando com a gravação de uma extorsão ou a divulgação de uma carta do sequestrador. (Moraes, 2007, p. 109-110)

<sup>85</sup> Neste sentido STF, HC 70814/SP, Rel. Min. Celso de Melo, 1ª T., Julg. 01/03/94, DJ 24/06/94; STJ, HC 97336/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª. T., Julg. 15/06/2010, Publ. DJe 02/08/10

<sup>86</sup> Conferir também Moraes, 2007, p. 111. Na jurisprudência: STF, RHC 67058/RS, Rel. Min. Francisco Rezek, 2ª T., Julg. 03/03/89, DJ 31/03/89. STJ, AGInq 205/AP, Rel. Min. José Dantas, Corte Especial, Julg. 01/07/98, DJ 17/08/98; AGInq 187/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, Corte Especial, Julg. 21/08/96, DJ 16/09/08

Talvez neste ponto resida um dos momentos em que mais se destaca a tensão Estado-indivíduo, que marca o processo penal em qualquer ordenamento jurídico, pelo que reconhecemos a dificuldade em se compor o tema de um modo equilibrado, atendendo satisfatoriamente a todos os interesses, sem que se ceda em nenhum aspecto relevante de qualquer lado.

Caso interessante envolvendo Cappeletti e Smit, que destaca a dificuldade do tema, nos é dado por Ada Pellegrini Grinover, em obra que marcou o estudo do tema no Brasil numa perspectiva constitucional:

“Cappeletti perguntou a Smit se, em seu entender, quando se conseguisse através de uma prova ilegal saber da existência de uma bomba no solo de Florença, a prova poderia ser usada para alcançar o criminoso; Smit respondeu que a prova ilícita poderia ser usada apenas para localizar e dismantelar a bomba, mas desde que obtida ilegalmente, não poderia ser usada para punir o criminoso. Cappeletti indagou, então, qual seria o procedimento se a prova assim conseguida revelasse não apenas a identidade do criminoso, como ainda que o mesmo planejava destruir Veneza e Paris no dia seguinte, ao que Smit respondeu que casos-limite frequentemente tornam as decisões mais difíceis.” (1976, p. 122 e nota 150)

#### 5.2.3.3. Crítica à Técnica da Proporcionalidade *Pro Societate*

Em que pese a dificuldade denunciada, como a que se encontrou Smit, cremos que a resposta fica mais fácil quando existe um dispositivo constitucional que expressamente estatui que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, presente numa Constituição que tem a dignidade da pessoa humana como seu fundamento e que propõe a construção de um Estado Democrático de Direito, como a Constituição brasileira de 1988.

A resposta mais condizente com esses fundamentos, a nosso ver, é pela inadmissibilidade da teoria da proporcionalidade *pro societate*, entenda-se, para condenar o réu, como técnica de flexibilização das proibições de prova.

Frise-se que mesmo na Alemanha, responsável pela difusão da teoria da proporcionalidade e da persecução criminal como interesse do Estado de Direito a sua adoção não é pacífica.

Lapidar a constatação de Wolter, lembrada por Manuel da Costa Andrade (1992, p. 38) de que:

“em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana nem um processo penal vocacionado para a proteção dos direitos fundamentais. (...) a procura da verdade material e de uma decisão justa, os esforços pela punição e reparação dos danos não são apenas relativizados, mas por ela inteiramente bloqueados.”

O estudo desta teoria no direito alemão nos revelou que o pano de fundo de toda a sua defesa está no entendimento da persecução eficaz como interesse do Estado de Direito, ocupando o mesmo nível dos direitos fundamentais e do interesse por sua realização, contrapondo coletivo ao particular.

A nossa primeira objeção está justamente na dicotomia em que se ampara esta técnica de aproveitamento das provas ilícitas, pelo que gostaríamos de lembrar, com Amelung, que: “Estes direitos fundamentais não tutelam apenas a pessoa do cidadão mas também o interesse da comunidade de que o processo penal decorra segundo as regras do Estado de Direito.”(AMELUNG *apud* ANDRADE, 1992, p. 71)

A cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana e da cidadania, colocando o homem e a sua realização no centro do ordenamento jurídico, supera a distinção entre o Estado, representante de uma sociedade pressuposta, e o indivíduo, como se tivessem interesses antagônicos e excludentes. (LOPES JÚNIOR, 2009).

Como o Estado não mais detém o monopólio das decisões, carecendo da participação de todos os interessados a fim de se assegurar a legitimidade de toda e qualquer ação estatal, não se concebe o antagonismo de interesses que a dicotomia sugere.

Desta forma, a tutela dos direitos fundamentais do acusado é um interesse comum a todos e não pode ser colocado como algo que somente visa beneficiar os delinquentes em prejuízo de toda a sociedade.

Somente um processo penal autoritário, num Estado autoritário, se estrutura a partir desta dicotomia, responsável diretamente ponderação favoravelmente ao “público”, a exemplo do que se colhe na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro, como se colhe do seu conteúdo:

“As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em

prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico penal da vida em sociedade, não pode invocar em face do Estado, outras franquias ou imunidades, além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração ” (BRASIL, 2010, p. 350, item II da Exposição de Motivos)

Outro ponto de objeção é a própria concepção da persecução criminal eficaz como interesse, agora, do Estado Democrático de Direito, tendo em vista a cláusula do devido processo inscrito no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição brasileira de 1988, que prescreve que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” (BRASIL, 2010, p. 21)

Acreditamos que o interesse está em se assegurar uma persecução criminal pautada pelo devido processo legal, entendido como uma estrutura procedimental esquematizada legalmente por conteúdos principiológicos de produção, formalização e valorização da argumentação, âmbito no qual se inserem as proibições de prova.

Na medida em que se deve garantir aos interessados participarem da construção das decisões estatais, deve-se, para tanto, assegurar o espaço para que essa atuação se dê em moldes efetivos. Aí está uma justiça penal eficaz.

Louvável, portanto, a conclusão do Supremo Tribunal Federal, encontrando na vinculação da vedação à prova ilícita ao cânone do devido processo legal um instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado:

“A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do **due process of law** e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal.” (STF, HC 90376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/07)

Ademais, igualmente ao que vimos nas técnicas norte-americanas de flexibilização, a técnica da proporcionalidade *pro societate* se revela perigosamente discricionária (AVOLIO, 2010) diante da própria indeterminação do proporcional, “manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais.” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 550)

Os elementos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade estrita não são seguros na análise objetiva da necessidade do sacrifício de um direito fundamental, ao contrário, franqueiam à conclusão ao julgador.

Essa indefinição e essa possibilidade de manipulação se reflete na própria defesa, tanto no Brasil como na Alemanha, pela incidência da técnica em casos de criminalidade grave.

Creemos, ainda, que a proporcionalidade como se pretende viola os próprios fundamentos de sua elaboração, qual seja, um limite à atuação estatal, um instrumento de controle do excesso.

Pois o que se pretende pela flexibilização das proibições de prova é justamente o contrário, isto é, aumentar o poder de intervenção estatal na vida do indivíduo, e pior, discricionariamente por critérios subjetivos de análise o que possibilitará os excessos já experimentados na história que, inclusive, fomentaram a estatuição das proibições.

Assim é que a proibição probatória, vedando as provas ilicitamente obtidas, já presta à delimitação da atuação estatal, já tendo procedido na sua elaboração à ponderação entre a busca da verdade e a proteção dos direitos do acusado, prevalecendo o último.

Neste sentido que compreendemos a conclusão do Ministro Sepúlveda Pertence, em julgamento de habeas corpus perante o Supremo Tribunal Federal, analisando o tema em apreço, de que “a Constituição mesma que ponderou os valores contrapostos e optou – em prejuízo, se necessário da eficácia da persecução criminal – pelos valores fundamentais da dignidade humana, aos quais serve de salvaguarda da proscricção da prova ilícita.” (HC 79512/RJ, Pleno, Julg. 16/12/99, DJ 16/03/03)

Não podemos ignorar que no tratamento das provas ilícitas, a Constituição dispôs diferentemente de outras situações também envolvendo a persecução criminal, ressaltando situações de não incidência da proibição, a exemplo dos incisos XI e XII, do artigo 5º, respectivamente sobre a inviolabilidade do domicílio, salvo em caso de flagrante delito ou, durante o dia, por determinação judicial, e sobre o sigilo das telecomunicações, salvo para fins investigação criminal ou instrução processual penal, imprescindível ordem judicial.

Evidentemente que ao estatuir uma norma direta e sem ressalvas, a Constituição optou pela limitação da atuação dos órgãos persecutórios, estabelecendo uma barreira intransponível em defesa dos direitos fundamentais, ainda que em prejuízo da busca da verdade, condizente com a opção por um Estado Democrático de Direito e pela dignidade da pessoa humana como fundamento.

Inexiste na Constituição brasileira um dispositivo constitucional equivalente ao previsto no artigo 18 da Constituição da República Portuguesa de 1976 que determina que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.” (ASSEMBLÉIA DA REPÚBLICA, disponível em [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt), acesso em 25/01/2011)

Entretanto, admitir restrições a direitos, liberdades e garantias previstas na Constituição brasileira, a exemplo do artigo 5º, inciso LVI, que veda as provas ilicitamente obtidas, sem o aval constitucional, é desnaturar o intuito de garantia de direitos fundamentais e de proteção à dignidade da pessoa humana por uma interpretação contrária à máxima efetividade da Constituição.

Além disso, do mesmo modo como as técnicas anteriores, a ponderação não se exime da discricionariedade, permitindo que o julgador extraia de seu senso íntimo de justiça, os interesses prevalentes em determinado caso, violando o modelo constitucional de processo pela exclusão das partes no conteúdo da decisão.

Não é possível assegurar a imparcialidade do julgador se não extrai dos argumentos produzidos em contraditório os fundamentos de sua decisão. Não possível assegurar imparcialidade quando o julgador quando lhe é permitido decidir baseado em sentimentos próprios de relevância social, econômica, filosófica, dentre outros estranhos à finalidade constitucional de resguardo da dignidade da pessoa humana.

Optar pelo descabimento completo da técnica da proporcionalidade *pro societate* é optar por uma maior proteção e pela máxima efetividade dos direitos fundamentais do acusado, colocando-os à salvo dos influxos metajurídicos de uma política criminal repressiva, bem como pelo atendimento integral ao processo.

## 6. A IMPOSSIBILIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA

### 6.1. Direito à Prova no Modelo Constitucional de Processo

Algumas considerações sobre a impossibilidade de flexibilização das proibições de prova foram feitas no estudo das técnicas presentes no ordenamento jurídico brasileiro, de modo pontual à luz do modelo constitucional do processo.

Entretanto, a impossibilidade não se resume a essas técnicas especificamente, mas à flexibilização em si, por total incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito e com o processo a atuação dos órgãos persecutórios despidos de limites ou, principalmente, capazes de superar os limites impostos.

Tampouco permite ao julgador extrair fundamentação de outra fonte diferente dos argumentos apresentados, discutidos, refutados e confirmados pelas partes, em contraditório.

As técnicas de flexibilização das proibições de prova, secundarizam a atuação das partes e colocam em relevo a atuação discricionária e instrumental do julgador, que deve considerar outros fatores estranhos ao processo para decidir.

Essa discricionariade é justificada, principalmente, pela busca de uma verdade real a que estaria o juiz comprometido para realização da pacificação social por meio do processo, desvirtuando a sua finalidade garantista, fomentada pela sua liberdade na utilização dos meios de prova, inclusive ilícitos, como vimos pelas técnicas.

Pela livre investigação das provas defende-se uma irrestrita participação do julgador na produção da prova (Grinover *et al*, 2006), que poderia atuar valendo-se de todo e qualquer meio para a apreensão do elemento de prova, sem a necessidade de submetê-lo à crítica.

Tudo isso em prol de uma verdade real que coloca a obrigação de apurar o fato exatamente como ocorrido na realidade, que reforça a idéia de uma atuação judicial que pode se vale de todo e qualquer meio de prova para reconstrução do fato.

Ocorre que a prova como argumentação, nos moldes indicados, tem o condão de exigir, como vimos, uma análise individualizada do caso concreto a partir dos elementos introduzidos pelas partes no procedimento, formando a base da decisão.

Privilegia, por um lado, a participação dos interessados, e, de outro, ao mesmo tempo, vincula a fundamentação decisória aos argumentos apresentados pelas partes, dada a influência que passam a exercer na composição dos fundamentos do provimento.

É exatamente por essa argumentação que o processo penal atinge a sua finalidade de reconstrução formal dos fatos, permitindo a devida apuração da participação no cometimento de uma conduta tipificada na legislação como crime, condição para a responsabilização penal de qualquer indivíduo.

A certeza exigida acerca das circunstâncias de cometimento de um crime, para além de qualquer dúvida, deve ser alcançada argumentativamente, e não por juízos de oportunidade e por conjecturas.

Certeza aqui, no esteio da concepção de processo democrático que tratamos inicialmente, não é entendida, como comumente afirmado, como “estado de ânimo seguro da verdade como proposição” (BADARÓ, 2003, p. 26), por se apoiar em critérios subjetivos e discricionários de valorização da prova, ou seja, no senso íntimo, anímico, do juiz.

Essa noção de certeza, como estado de ânimo, é construída, como se depreende de sua própria definição, com base na ideia de verdade real como objetivo do processo penal e da prova, um dos principais fatores contributivos para a discricionariedade judicial e de exclusão das partes do discurso, como explicaremos mais adiante.

Para nós, conjugando lições de Mittermaier (1996) e Popper (1999), a serem melhor desenvolvidas em tópico específico sobre a verdade real, a certeza é obtida quando processualmente repelidos todos os motivos contrários à proposição<sup>87</sup> sustentada, que, por sua vez, sobrevive às tentativas opostas, de maneira a dissipar qualquer dúvida em torno da questão, exigindo a ampla argumentação e o contraditório.

Com o afastamento de todos os argumentos que contrariavam determinada proposição, que se sustentou em bases normativas, e não pela autoridade de quem a suscitou, esta subsiste, condicionando o provimento judicial.

Busca-se, assim, não uma verdade pressuposta, amparada na autoridade do interlocutor, mas uma proposição verossímil diante da resistência às tentativas de impugnação e do embasamento normativo que contem.

Para isso, isto é, para submeter determinada proposição ao teste de verossimilhança, é indispensável que as partes tenham, primeiro, a possibilidade de ampla argumentação, segundo, de ampla refutação, e, por fim, de ver o juiz apreciando racional e imparcialmente todos esses argumentos expendidos, de modo que componham o provimento final, decidindo no sentido daquela proposição que mais firmemente resistiu.

---

<sup>87</sup> O termo proposição é utilizado no sentido de “um enunciado que permite uma escolha de sentido que se oferece à crítica”, conforme lições de Rosemiro Pereira Leal colhidas em nota de aula ministrada no Programa de Pós-Graduação da PUCMINAS, na disciplina Teoria Geral do Processo, no primeiro semestre de 2009.

Essa garantia de ampla argumentação das partes, construtiva da decisão final, é, como vimos, uma decorrência da incidência do princípio do contraditório, que é exatamente a garantia constitucional de atuação paritária dos interessados na formação do provimento, que deixa de ser um ato isolado do juiz e se torna um ato coletivo, incluindo, democraticamente, as partes na sua formação, conectado que está com o princípio da fundamentação das decisões, como abordado.

Portanto, a certeza, nos termos postos, somente é alcançável pela observância do contraditório, que garante a possibilidade de processualmente se repelir os argumentos contrários e de assegurar a verossimilhança de determinada alegação, a influir diretamente no conteúdo da decisão.

É desta forma, direito das partes, enquanto co-autoras dos provimentos, deduzir as alegações que entender pertinentes, o que caracteriza o direito à prova, entendida exatamente como o direito de ampla argumentação das partes, delimitando o campo de apreciação judicial, o que consagra um processo democrático enquanto espaço de ampla discussão.

É no direito ao contraditório que se encontra o direito à prova, formando um todo, como verificou Dierle José Coelho Nunes:

“Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; e d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório.” (2008, p. 230)

Presente, assim, a preocupação de se garantir às partes, principalmente ao acusado, normalmente relegado no processo penal a uma posição secundária, o direito de influir propositivamente no convencimento do julgador, de maneira que o direito à prova pode ser entendido, a partir do contraditório, como o direito de argumentação, bem como de participação, isto é, como garantia de influência e de não surpresa na elaboração dos fundamentos da decisão, na esteira das lições de Dierle Nunes (2008, p. 224).

Com tudo isso, ao falarmos em direito à prova, extrapolamos a noção comum de direito de apresentar os elementos de prova e contrapor as adversas, limitando à bilateralidade da audiência, pois como sugere Antônio Magalhães Gomes Filho, o “direito de ser ouvido em júízo não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas

também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz.” (1997, p. 84)

A influência sobre o convencimento do juiz por meio do exercício do direito à prova, assegurado pelo princípio do contraditório, e dele decorrente, não significa, a nosso ver, destaquemos, uma influência em seu ânimo, mas no conteúdo da fundamentação do provimento final, portanto, propositivamente, de maneira que:

“A decisão não pode mais ser vista com expressão da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade **na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais** suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas.”(NUNES, 2008, p. 238)

O direito à prova é, então, o direito de ampla argumentação e de influência sobre a decisão, relativamente ao conteúdo de sua fundamentação, a partir daquela argumentação apresentada pelas partes, e não sobre o estado anímico, as impressões pessoais, o sentimento do julgador.

Sentença não pode mais ser compreendida como o sentimento do juiz, o seu *sentire*, mas a conclusão normativa e processual de todos os argumentos apresentados e discutidos, contraditoriamente, ao longo do *iter* procedimental.

Limitar o direito à prova à compreensão de o simples direito de apresentar os argumentos e de contrapor os argumentos da parte contrária, sem exigir que sejam considerados no momento da prolação da decisão é antidemocrático por excluir a participação dos interessados na sua formação.

Como vimos, o conteúdo do direito à prova apresenta, além da investigação, da proposição, da admissão, da produção e da valoração, também a valorização, nos moldes apresentados, conforme destaque de Rosemiro Pereira Leal (2008), devendo enunciar o juiz o conteúdo e a importância dos argumentos apresentados pelas partes na formação da decisão judicial.

Presente, destarte, além da conexão entre o contraditório e a fundamentação da das decisões judiciais, do contraditório e a prova, também entre a prova e fundamentação das decisões judiciais, como se colhe do já citado artigo 155, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei 11.690/2008, ao prescrever que: “O juiz formará sua **convicção**

pela livre apreciação da **prova** produzida em **contraditório** judicial (...)”. ((BRASIL, 2010, p. 380, destacamos)

Assim, quando afirmarmos repetidamente que o processo penal se ocupa da reconstrução do fato, de modo a alcançar aquela certeza da qual tratamos, o fazemos na esteira de Taruffo ao destacar a função preparatória do processo como:

“a formulação das hipóteses relativas às diversas posições das partes, a eventual delimitação ou alteração dessas hipóteses no curso do processo, o seu controle *in itinere* por meio do desenvolvimento da dialética processual, a colheita dos elementos que constituem o material a ser utilizado em sede de decisão final e a formulação definitiva das hipóteses sobre as quais esta decisão será formulada.”<sup>88</sup> (2002, p.165, tradução nossa)

O processo é, então, o espaço para a formulação de proposições pelas partes e para a ampla discussão acerca das mesmas, em busca de suas confirmações e refutações, sempre a condicionar o conteúdo da decisão final.

Deve-se garantir aos interessados, enquanto destinatários e coprodutores do provimento, o exercício amplo do direito à prova, permitindo-lhes apresentar suas proposições, submetê-las à dialeticidade, angariar elementos que as comprovem, confrontá-las com as hipóteses contrárias e submetê-las à apreciação de um terceiro imparcial, que, valendo-se exclusivamente dos argumentos discutidos, formulará o provimento.

Nisto consiste o direito à prova, segundo os preceitos do modelo constitucional de processo, amparado nos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e da participação de um terceiro imparcial (BARROS, 2009a).

O processo é, assim, o espaço de exercício amplo do direito à prova, isto é, de formulação de proposições e da submissão delas à crítica<sup>89</sup>, exercidos no espaço-tempo do procedimento, em conformidade ao princípio do contraditório, estabelecendo o conteúdo normativo dos provimentos.

Entretanto, dois fatores contribuem sobremaneira para o comprometimento deste entendimento, quais sejam, os princípios da livre investigação das provas e da verdade real, exigindo o seu completo abandono.

<sup>88</sup> “(...) la formulazione delle ipotesi relative alle diverse posizioni delle parti, l’eventuale precisazione o mutamento di queste ipotesi nel corso del processo, il loro controllo in itinere attraverso lo svolgimento della dialettica processuale, la raccolta degli elementi a costituire il materiale da utilizzare in sede di decisione finale, e al formulazione definitiva delle ipotesi su cui questa decisione verrà formulata.”

<sup>89</sup> De acordo com os ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal, crítica é o “veículo lógico de aferição do grau de certeza do conhecimento”(2008, p. 45), “a atividade intelectual testificadora” (2008, p. 45), que busca a “indicação de conteúdos ausentes na lógica (estrutura) do discurso do conhecimento.”(2008, p. 268)

A ressemantização da prova em bases democráticas, como pretendemos, exige o abandono dessas concepções estratégicas de manutenção de um processo centralizado na pessoa do julgador, na sua discricionariedade e no seu senso pessoal de justiça, o que pode ser buscado através do reconhecimento da importância do procedimento e da compreensão de verdade como uma maior probabilidade de determinada proposição, diante do estado da discussão.

## 6.2. A Importância da Procedimentação da Prova

A livre investigação das provas pode ser questionada a partir da correta noção de procedimento, compreendendo-se a função que ele desempenha no Estado Democrático de Direito e no processo democrático.

Isto porque para que determinado argumento componha a decisão judicial é necessário que seja apresentado em moldes propositivos e seja submetido à dialeticidade processual, o que exige a sua inserção na estrutura procedimental (Procedimento) esquematizada legalmente em observância a conteúdos principiológicos (Processo) de produção, formalização, valoração e valorização da argumentação.

O procedimento se revela, com isso, como o lugar estabelecido legalmente para o devido exercício do direito à prova, e a sua flexibilização, como pretende o princípio da livre investigação, implica na violação desse direito e na violação do devido processo legal enquanto “direito à procedimentação das alegações de direitos pela conexão normativa de fonte democrática e não pela relação jurídica entre os sujeitos do procedimento” (LEAL, 2008, p. 204).

Na lição de Elio Fazzalari:

“O procedimento se apresenta quando se encontra diante de uma série de regras, cada uma delas regulando uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou justa), mas enuncia como pressuposto da própria incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra regra da série, e assim por diante até a regra reguladora de um ato final.”<sup>90</sup> (1989, p. 57, tradução nossa)

---

<sup>90</sup> “Il procedimento si coglie quando ci trova di fronte a una serie di norme, ciascuna delle quali regola una determinate condotta (qualificandola come lecita o doverosa), ma enuncia come presupposto della propria incidenza il compimento di un’attività regolata da altra norma della serie, e così fino alla norma regolatrice de un ato finale.”

Explicando a concepção fazzalariana, que teve a capacidade de diferenciar procedimento e processo, antes visto como uma mera exteriorização deste (CINTRA *et al*, 2006), Aroldo Plínio Gonçalves esclarece que:

“Mas o procedimento é mais do que uma mera seqüência normativa, que disciplina atos e posições subjetivas, porque faz depender a validade de cada um de sua posição na estrutura, que requer o cumprimento de seu pressuposto. O ato praticado fora dessa estrutura, sem a observância de seu pressuposto, não pode ser acolhido validamente, porque não pode ser nela inserido.” (GONÇALVES, 1992, p. 111)

Nesta senda, a validade de cada ato processual depende de sua devida inserção na estrutura procedimental, o que implica na observância da regra que o regula, bem como do atendimento daquela que lhe é pressuposta.

Isto significa que a argumentação deve se dar em obediência ao devido processo legal, sob pena de inexistência do ato praticado (LEAL, 2008), o que revela a importância do procedimento, que não pode ser visto como uma formalidade supérflua e um empecilho às finalidades legais.

O procedimento se coloca como balizador da atuação das partes, do juiz e de todos que intervierem de qualquer modo, verdadeiro comando de ações, cuja violação implica na inexorável descaracterização do ato e na sua incapacidade de servir como fundamento da decisão.

O procedimento é estruturado, como dissemos, em bases normativas, elaboradas a partir dos princípios constitucionais do processo democrático, notadamente o contraditório e a ampla argumentação, garantindo a contribuição igualitária de todos os participantes, pela paritária distribuição do tempo, o que assegura a construção compartilhada do provimento.

Estrangular o procedimento, ainda que a pretexto de celeridade, é suprimir o direito à prova que, por conseqüência, implica na supressão da cognição, de maneira a acarretar juízos discricionários e de conveniência, embasados na autoridade pessoal do interlocutor<sup>91</sup>.

É no procedimento que o processo se realiza, pois é onde se verifica a ocorrência dos princípios processuais constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da

---

<sup>91</sup> “É preciso que a sociedade e os legisladores entendam que a questão da morosidade da atividade jurisdicional não pode ser resolvida sob a concepção esdrúxula de uma cogitada *jurisdição instantânea* ou de uma *jurisdição-relâmpago*, o que é impossível existir em qualquer parte do mundo, pois alguma demora na solução decisória sempre haverá nos processos, a fim de que possam ser efetivados os devidos accertamentos das relações de direito e de fato controvertidas ou conflituosas, entre os envolvidos, por meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, e não há outro modo racional e democrático de fazê-lo”. (BRÉTAS, 2009, p. 219.).

fundamentação das decisões, do direito ao advogado, dentre outros. É no procedimento que a decisão encontra os seus fundamentos.

Conforme lição de Antônio Magalhães Gomes Filho:

“No Estado democrático de direito, em que a liberdade individual é reconhecida como premissa fundamental para a justa organização da sociedade, é evidente que as decisões penais, que incidem exatamente sobre o *status libertatis* do cidadão, só podem ser legitimadas por um saber resultante de procedimentos que permitam esclarecer os fatos sob a dupla ótica da sociedade e do indivíduo.” (1997, p. 55)

É importante notarmos que o ciclo da prova, no qual um instrumento gera outro elemento, a ser apreendido pelos meios legais, representa a dialeticidade, pois permite a refutação e a comprovação dos argumentos que, se resistirem, darão a certeza necessária ao julgamento.

Um elemento de prova, encontrado na realidade objetiva, somente é transposto para o procedimento, servindo de fundamento da decisão, se apreendido pelos meios legais de prova e instrumentalizado segundo regras aplicáveis, sob pena de rompimento do ciclo, inexistindo o ato de prova.

“A existência do **elemento** de prova, ainda que de certeza inegável, não autoriza, por si mesma, a coleta da prova *contra legem*. A liberdade de apreensão do **elemento** de prova no **espaço** real há de sofrer o controle dos **meios** legais indicados na lei para se lavrar o **instrumento** de prova. Provar em direito é representar e demonstrar, instrumentando, os **elementos** de prova pelos **meios** de prova.”(LEAL, 2008, p. 201)

A apuração dos fatos, assim como sua valorização, requerem obediência estrita aos parâmetros legalmente fixados, sem os quais incidiríamos em intolerável arbítrio.

Desta forma, somente servirá para fundamentação válida do provimento aquela prova colhida em observância a esses parâmetros, isto é, pela utilização dos meios legalmente admitidos e instrumentalizada na forma legal, pois “a atividade processual deve ser realizada segundo modelos traçados pelo legislador, cuja observância constitui a melhor forma de assegurar a participação dos interessados e a correção dos provimentos jurisdicionais.” (GOMES FILHO, 1997, p. 93)

A flexibilização das proibições de prova contraria a importância do procedimento apresentada, por permitir ao juiz, amparado numa finalidade sócio-política do processo (Grinover *et al*, 2006), conhecer de argumentos *ex officio* sem necessidade de submetê-los à dialeticidade processual e, assim, à testificação, por conter uma verdade amparada na autoridade da pessoa.

A flexibilização, fomentada pela livre investigação das provas, dota o juiz de amplo poder instrutório e a fundamentação da decisão é apresentada em moldes impositivos, e não propositivos, o que não coaduna com a procedimentação exigida e não é capaz de gerar a certeza necessária para fins de julgamento.

Não se observa pela flexibilização das proibições probatórias o ciclo de produção da prova, por impedir que sobre um instrumento apurem-se outros elementos a serem apreendidos pelos meios admitidos legalmente, violando a dialeticidade imposta pelo princípio do contraditório.

Disto tudo se infere que o procedimento assegura o exercício do direito à prova, pois garante a paritária e ampla possibilidade de discussão em torno dos argumentos feitos pelas partes, revelando-se como o *locus* de testificação das proposições apresentadas, assegurando a cognição necessária.

### **6.3. Verdade Provável**

A verdade real é, a nosso ver, ao lado da livre investigação das formas, um dos principais fatores que contribuem para a inobservância do devido processo legal, e que acarreta a discricionariedade judicial no campo da prova, seja na produção quanto na valorização, permitindo a flexibilização das proibições de prova.

A procedimentação da base de argumentação fática das partes segundo os princípios do contraditório, que se liga à motivação das decisões judiciais, permitem o ajustamento da atividade probatória ao devido processo legal, impondo restrições legais ao princípio da livre investigação.

Mas tais restrições podem não ser suficientes aos propósitos de delimitação formal da persecução criminal pelas proibições de prova, em respeito às liberdades individuais, se, conjuntamente, não abandonarmos a concepção de verdade real que orienta o processo penal.

Acompanhamos a observação de Aury Lopes Júnior de que “de nada serve lutar pela efetivação do modelo acusatório e a máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição, quando tudo isso esbarra na atuação substancialista de quem busca uma inalcançável verdade real.” (2009, p. 521)

Isto porque, ainda que criemos barreiras legais à produção e valorização da prova, como a procedimentação e a conexão do contraditório à motivação da decisão, um suposto compromisso com verdade poderia colocá-las abaixo, flexibilizando as proibições de prova.

Cumpre-nos, portanto, compreender o que se entende por essa verdade real e tentarmos construir uma alternativa condizente com o processo, isto é, com a imposição de limites legais à produção da prova, fechada para juízos de oportunidade e de discricionariedade, flexibilizadores de direitos e garantias individuais em prol de uma máxima repressão penal.

A partir da ideia da natureza pública do interesse repressivo, Tourinho Filho (2007, p. 37) acolhe a verdade real e afirma que “no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça.”

É também o entendimento de Julio Mirabete (2003, p. 44) para quem “com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes.”

Como se depreende desse entendimento comum, o princípio da verdade real exige a apuração do fato exatamente como ocorrido na realidade, uma verdade histórica. (TOURINHO FILHO 2007; MIRABETE, 2003; FENECH, 1952), vista como *causa finalis* do processo penal (MARQUES, 1997, p. 264). Exige que a realidade da vida seja transposta para a realidade do processo, de maneira que “material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade (...)”. (NUCCI, 2009, p. 104).

O princípio da verdade real impõe, portanto, a apuração, pelo juiz, do fato em todas as suas circunstâncias típicas, ou seja, a materialidade, bem como o responsável pela sua prática, a autoria, de maneira a alcançar a certeza necessária para fins de julgamento, em especial de condenação.

Numa visão superficial pode soar interessante, até defensável, essa concepção, pois exige que a condenação seja pautada na exata apuração do fato. Somente seria possível a condenação diante da certeza gerada pela exata apreensão da realidade, através de qualquer meio de prova.

Entretanto, o que depreendemos é o intuito, inadmissível, de que “a verdade vai além: quer que o magistrado seja co-autor na produção de provas. Esse princípio muitas vezes inspira o afastamento da aplicação literal de preceitos legais.” (NUCCI, 2009, p. 106)

Como vemos da afirmação, a verdade real serve não para limitar o campo decisório do juiz, impondo-lhe a condenação somente em caso de certeza enquanto exata apuração da realidade, mas para dotar o julgador de amplo e irrestrito poder instrutório que, somado à livre investigação das formas, o permite flexibilizar proibições probatórias e substituir-se às partes nesta tarefa<sup>92</sup>, contrariando tudo o que expusemos até então.

Esse é, inclusive, o principal critério diferenciador da chamada verdade formal, que orienta o processo civil, da verdade material, orientadora do processo penal, isto é, a participação do juiz na colheita da prova<sup>93</sup>. Segundo Guilherme de Souza Nucci, “o princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente.”(2009, p. 105) de maneira que “enquanto na esfera cível o magistrado é mais um espectador da produção da prova, no contexto criminal, deve atuar como autêntico copartícipe na busca dos elementos probatórios.” (2009, p. 106)

abe ao juiz no processo penal, portanto, segundo corrente amplamente difundida, valendo-se de todos os meios que entender aptos, independentemente da contribuição processual das partes, e mesmo à revelia delas, apurar o fato, colher a prova, sendo as regras procedimentais probatórias passíveis de flexibilização em nome da verdade.

Vale, contudo, a admoestação feita por Fernando Capez de que:

“colocar o julgador na posição de parte, incumbindo-lhe atribuições investigatórias e probatórias típicas de acusador, implica vulnerar sua imparcialidade e violar o due process of law. A colheita da prova pelo juiz compromete-o psicologicamente em sua imparcialidade, transformando-o quase em integrante do pólo ativo da lide penal, colidindo frontalmente com diversas normas constitucionais.” (2009, p. 32)

Necessário para se assegurar o modelo constitucional do processo o abandono do mito da verdade real enquanto, como vimos, justificador de uma postura ativa do juiz na produção da prova, inclusive substituindo-se às partes e flexibilizando princípios constitucionais e regras procedimentais. (ZILLI, 2003)

---

<sup>92</sup> O juiz recebeu aporte substancial com a Lei 11690/08 que, alterando a redação do artigo 156, dotou-o de amplos poderes instrutórios, permitindo que de ofício produza provas no curso da instrução e, até mesmo, antes de iniciada a ação penal.

<sup>93</sup> Mesmo no processo civil iniciou-se o acolhimento do princípio da verdade real, entendendo-se a necessidade da exata apuração dos fatos para correta aplicação do direito material, o que acarretou, conseqüentemente, a mudança de postura do juiz frente à atividade probatória: “A evolução do direito processual, rumo à plenitude do devido processo legal, modernamente visto como o *processo justo*, conduziu à superação dos velhos limites opostos à iniciativa judicial em matéria de instrução probatória. Acima do ônus da prova – cujas regras atuam na fase final de julgamento da lide e não durante a coleta dos elementos de instrução da causa – prevalece o compromisso com a verdade real. Assim, o juiz, no processo moderno, não pode permanecer *ausente* da pesquisa da verdade material.”(THEORODO JÚNIOR, 2007, p. 471)

A verdade real merece para procedimentação, pois flexibiliza os princípios processuais, centralizando a atividade processual no juiz e ampliando seu campo de produção e valorização da prova fora das regras procedimentais, o que discrepa das finalidades de delimitação da persecução criminal e de respeito às liberdades individuais que orientam o processo penal.

A construção da nossa alternativa apresentada passa pela compreensão de que toda asserção é meramente hipotética, no sentido de ser apenas uma suposição, pelo que não exclui, por completo, a possibilidade de outras asserções, de igual pretensão<sup>94</sup>.

Isto porque, como esclarece Popper, “seja qual for o método que possamos usar, nossas oportunidades de encontrar regularidades verdadeiras são escassas, e nossas teorias conterão muitos enganos que nenhum misterioso ‘cânon de indução’, básico ou não nos impedirá de cometer”. (1999, p. 22)

Por isso, por mais que se queira atribuir a determinada hipótese a condição de verdade, a exemplo da autoria de um crime ou da legítima defesa, será apenas uma conjectura, passível de refutação por outra que, por sua vez, também será passível de mesma refutação, de modo que “o número de teorias *possivelmente* verdadeiras continua infinito, a qualquer tempo e após qualquer número de testes cruciais.” (POPPER, 1999, p. 25)

Deste modo, o acolhimento de determinada hipótese não pode se dar pela crença de sua verdade, por indução, mas por naquele momento, diante do “estado da discussão” e da “evidência empírica” ser preferível a outras.

Essa preferência é alcançada em Popper (1999) pela utilização do método crítico<sup>95</sup> que consiste em submeter determinada hipótese a testes de refutação, isto é, a uma análise crítica da hipótese, buscando aferir seus pontos fracos, suas incompatibilidades, suas aporias, principalmente pela contraposição a outras hipóteses, verificando qual detém conteúdo de maior poder explicativo, nunca como a mera “consciência e estado de ânimo de que foi atingida a verdade no mais alto grau de probabilidade.”(QUEIJO, 2003, p. 29)

Isso não significa o abandono da ideia de verdade, mas a compreensão de que jamais seremos capazes de uma certeza absoluta, na medida em que sempre será passível de indagação, de modo que “somos buscadores da verdade mas não somos seus possuidores” (Popper, 1999, p. 53).

---

<sup>94</sup> “devemos encarar todas as leis ou teorias como hipotéticas ou conjecturais; isto é, como suposições.” (Popper, 1999, p. 20); “todas as nossas teorias continuam sendo suposições, conjecturas, hipóteses.” (Popper, 1999, p. 23)

<sup>95</sup> Rosemiro Pereira Leal identifica a Crítica dentre as narrativas de reflexão da epistemologia pós-moderna, ao lado da técnica, da ciência e da teoria (2008, p. 41), e a explica enquanto “veículo lógico de aferição do grau de certeza do conhecimento” (2008, p. 45), ou seja, o “apontamento de ausência de conteúdo na estrutura do discurso do conhecimento” (2008, 268).

Por isso reiteramos o nosso afastamento por completo da distinção entre verdade e certeza feita por Henrique Badaró no sentido de que “a certeza, portanto, constitui a ‘manifestação subjetiva da verdade’, sendo um estado de ânimo seguro da verdade como proposição.”(2003, p. 25), e caminhamos no sentido da probabilidade alcançada processualmente.

Toda asserção contém um conteúdo formado por outras asserções confirmadas e outras não confirmadas e quanto maior for o conteúdo confirmado ou não refutado, e menor ou igual o conteúdo refutado, maior será a verossimilitude de uma dada asserção (Popper, 1999, p. 54). O que teremos, portanto, é a verossimilitude, ou seja, a maior probabilidade de determinada hipótese, sendo esta a meta.

“Sintetizando: nunca podemos justificar racionalmente uma teoria – isto é, uma alegação de conhecer sua verdade – mas podemos, se formos felizes, justificar racionalmente uma preferência por uma teoria dentre um conjunto de teorias concorrentes, por enquanto; isto é, com respeito ao estado presente da discussão. E nossa justificação, embora não alegue que a teoria é verdadeira, pode se a alegação de haver todas as indicações de que, neste estágio de discussão, a teoria é uma *aproximação melhor da verdade* do que qualquer teoria concorrente até então proposta.” (POPPER, 1999, p. 86)

É exatamente o que encontramos em Mittermaier quando afirma que a condenação somente é possível se superada a dúvida tivermos a certeza, entendida como o “momento em que vitoriosamente repele todos os motivos contrários e em que estes não podem mais abalar a imponente massa dos motivos afirmativos”(1996, p. 65)

Com isso, nos afastamos das concepções judiciaristas que reconhecem no juiz o dom de descobrir a verdade através do processo, seu instrumento particular de justiça e de pacificação social:

“de modo a abrir novas realidades no discurso do conhecimento, como antítese ao dogma, ao magicismo, ao fetiche, ao mito, ao carisma, ao rito místico-procedimental e ao artificialismo verbal, que, particularmente na areia jurídica, impregnam a linguagem e a matéria do direito e da construção dos princípios, institutos e instituições.” (LEAL, 2008, p. 44)

Aplicadas essas ideias ao processo penal, veremos que quando duas teses se contrapõem, de um lado, por exemplo, a imputação da autoria, de outro sua negativa ou a legítima defesa, cumpre ao juiz submetê-las à testificação, à refutabilidade, isto é, buscar em cada uma o seu conteúdo comprovável de maneira a aferir qual está dotada de maior verossimilitude, qual é mais provável de acordo com estado da discussão.

No mesmo sentido, também amparado em Popper, temos Luigi Ferrajoli para quem:

“No direito penal a única justificação aceitável das decisões é representada pela verdade de seus pressupostos jurídicos e fáticos, entendida a ‘verdade’ precisamente no sentido da ‘correspondência’ mais aproximada possível da motivação às normas aplicadas e aos fatos julgados.” (2006, p. 69)

Na doutrina alemã se coloca no mesmo prisma Kai Ambos<sup>96</sup>, propondo que:

“O que terá o juiz é uma aproximação, ou seja, uma probabilidade, significando que deve buscar algo mais que a simples possibilidade, algo mais próximo da certeza, e isto é que é, em maior ou menor grau a probabilidade. É o que se chama de certeza possível.”(AMBOS; LIMA, 2009, p. 59)

Essa operação para ser racional e legítima deve ocorrer segundo as regras do devido processo e de acordo com o procedimento previsto, tudo sob os influxos dos princípios processuais.

E por dar-se de modo racional, lógico, não admite impressões pessoais, induções, pré-concepções, juízos de oportunidades ou de discricionariedades, desenvolvendo-se a partir da imparcial análise das provas presentes nos autos que, como vimos, devem ser introduzidas pelos interessados de acordo com princípios que permitiram sua inserção na cadeia procedimental, e somente daí apreciável pelo juiz e legitimadora da decisão.

Assume relevância, portanto, o procedimento, pois é nesta estrutura, informada pelos princípios processuais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, que será possível a crítica sobre as asserções de cada parte e a aferição da verossimilitude de cada uma.

Somente assim teremos o que Ferrajoli define como verdade processual:

“alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativas somente a fatos e circunstâncias perfiladas como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantidas da defesa.”(2006, p. 48)

---

<sup>96</sup> Kai Ambos faz importante distinção entre a probabilidade lógica e a quantitativa, optando pela primeira. Esta baseada no grau de frequência de um acontecimento, e a primeira obtida através de métodos dedutivos e indutivos com base na prova dos autos. (AMBOS;LIMA, 2009, p. 62). Seguimos, também, a probabilidade lógica obtida pelo método crítico do qual tratamos, acolhendo as lições de Popper de que “a ideia de indução por repetição deve ser produto de um erro – uma espécie de ilusão ótica. Em suma: isto de indução por repetição não existe.”(1999, p. 18)

Admitir o contrário é aceitar a subjetividade da decisão, mais condizente com o decisionismo judicial no qual toda comprovação de asserções passa pela potestade do juiz e por seu sentimento de justiça.

O procedimento é mais do que um simples ritual, é uma condicionante para apresentação, discussão, refutação e decisão acerca de uma determinada asserção, informada por uma série de princípios inexoráveis.

Os limites legais de produção e valoração da prova se colocam como garantias, permitindo a apresentação de asserções e a submissão de cada uma delas a testificações de probabilidade, justificando a afirmação de Ferrajoli de que técnicas legislativas e jurisdicionais normativamente admitidas e praticadas “são as garantias penais e processuais na ausência das quais não se pode falar de verdade no processo nem sequer em sentido aproximado”(2006, p. 54)

A decisão do juiz de absolvição ou condenação passa, portanto, primeiro pela prévia observância aos princípios processuais e às regras procedimentais, em segundo pela efetiva participação dos interessados, e, por fim, pela verificação lógica dos conteúdos das asserções apresentadas e discutidas de maneira a aferir a verossimilitude de cada uma, nunca por critérios pessoais de oportunidade, de justiça, de sentimento<sup>97</sup>, atendendo à exigência de que:

“No Estado democrático de direito, em que a liberdade individual é reconhecida como premissa fundamental para a justa organização da sociedade, é evidente que as decisões penais, que incidem diretamente sobre o status libertatis do cidadão, só podem ser legitimados por um saber resultante de procedimentos que permitam esclarecer os fatos sob a dupla ótica da sociedade e do indivíduo.” (GOMES FILHO, 1997, p. 55)

Na medida em que não se atribui ao juiz o compromisso de busca de uma verdade história, não se sustenta qualquer defesa pela flexibilização das proibições de prova, exigindo-se uma fundamentação extraída somente dos argumentos apresentados e discutidos no tempo-espço do procedimento, sob os influxos do processo, melhor compondo a tensão Estado (repressão) – Indivíduo (liberdade).

---

<sup>97</sup> Bastante criticável, neste ponto, a explicação da origem etimológica da palavra sentença enquanto oriunda do latim *sententia*, que decorre de *sentiendo*, gerúndio do verbo *sentire* (cf. TOURINHO FILHO, 2007, p. 252), utilizada para justificar o ato decisório enquanto um sentir do juiz, ou seja, o sentimento enquanto guia do juiz ao decidir.

## 7. CONCLUSÃO

Este trabalho propôs-se ao estudo sobre a inserção e a compatibilidade das proibições de prova e da sua flexibilização no marco do Estado Democrático de Direito e do Processo Constitucional, indagando as decorrências teóricas e práticas a partir de uma perspectiva não funcionalista do processo penal, mas garantista, em conformidade ao modelo constitucional de processo.

A importância da análise se deveu a nossa percepção de um clamor por um processo penal incumbido do combate à criminalidade, que instrumentalizasse o Estado no exercício da persecução criminal, acarretando a funcionalização de instrumentos assecuratórios dos direitos fundamentais do acusado, vistos como entraves à realização da “justiça criminal” eficaz.

Este entendimento encontrou guarida na concepção instrumentalista de processo, visto como instrumento da jurisdição para pacificação social, apoiado na sensibilidade do julgador às exigências sociais, para o que deve adequar as determinações legais aos escopos perseguidos.

Especificamente no campo da prova, tudo isso levou à defesa pela flexibilização dos limites de apuração do fato através da adoção de técnicas que permitiram ao juiz sopesar os interesses em disputa e assegurar a máxima eficácia no descobrimento da verdade e na punição do criminoso.

Foi necessária, para abandono dessas ideias, a compreensão do processo no Estado Democrático de Direito, notadamente do avanço que representou a inserção de princípios processuais no texto constitucional, afastando-nos de concepções utilitaristas e centralizadas no senso de justiça social do julgador em busca de uma democrática, que melhor atendesse as exigências constitucionais e nos permitisse propriamente responder às indagações feitas.

Vimos que a aproximação Constituição e processo, ocorrida, inclusive, na Constituição brasileira de 1988, pela inserção desses princípios, representou a criação de uma estrutura constitucional de garantia, pela preocupação com a concretização dos direitos fundamentais, muito para além de uma simples mudança topográfica, estabelecendo o Processo Constitucional, enquanto instrumento de garantia, cuja estrutura é informada por princípios previstos na Constituição, assegurando as condições institucionais para atuação estatal e incidência do direito.

A esta base principiológica processual se reconhece um modelo constitucional de processo, informativo de todos os procedimentos estatais, cuja extensão é possível em razão das características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade que apresenta, sem perder de vista as especificidades de cada microssistema processual.

Os princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do julgamento por um terceiro imparcial, todos em articulação, formam um patamar mínimo de regulação dos procedimentos estatais, estabelecendo o devido processo legal, entendido como estrutura procedimental esquematizada legalmente por conteúdos principiológicos processuais de produção, formalização e valorização da argumentação.

Ao aplicarmos toda essa evolução do processo no campo da prova, buscamos uma ressemantização em bases democráticas do instituto, passando a compreendê-la não mais como um meio ou instrumento de convencimento do julgador, por seu excessivo subjetivismo, mas como a argumentação produzida pelas partes em contraditório no tempo-espaço do procedimento, vinculativa da fundamentação decisória.

Destacamos que pela observância do ciclo mutativo da prova o elemento se insere na cadeia procedimental, através do meio legalmente admitido e se formaliza no instrumento para que seja valorado e valorizado pelo julgador, afastando as fases de proposição, admissão, produção e valorização da prova de discricionariedades e do senso íntimo de justiça pela autoridade do decisor, deslocando para a atuação dos interessados a importância da atividade probatória.

Identificamos que dessa preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais e do estabelecimento de um espaço discursivo, marcado pelo contraditório e pela ampla argumentação, advieram as proibições de prova, estatuídas no ordenamento jurídico como limite à atividade persecutória estatal, na tutela de direitos fundamentais do acusado e como consagradoras da paridade necessária para a devida produção probatória, ao delimitarem o campo de atuação dos interessados, revelando, por tudo isso, a relação direta com o modelo constitucional do processo, respondendo afirmativamente a nossa primeira indagação quanto à compatibilidade entre eles.

Em vista dessas considerações, trouxemos o entendimento de proibições de prova como o conjunto de regras e princípios, de cunho material e processual, presentes nos diplomas constitucionais e infraconstitucionais, que limitam ou vedam a produção probatória pelas partes e por todos que intervenham de qualquer modo no procedimento, notadamente os órgãos estatais incumbidos da persecução criminal, como forma de se tutelar as liberdades individuais, a lisura da atuação estatal e a própria integridade constitucional.

Para comprovar essas ponderações, em especial a finalidade de servirem como cláusulas de efetiva proteção dos direitos fundamentais, trouxemos uma visão geral dos sistemas americano e alemão de proibições de prova, que mais influenciam o direito brasileiro no tema em foco, nos quais, guardadas as especificidades de cada um, revelam-se como barreiras à busca pela verdade a qualquer custo pela preocupação com as liberdades individuais do acusado.

Apontamos, no ordenamento jurídico brasileiro, como cláusula base das proibições de prova a Constituição de 1988, pelo seu artigo 5º, inciso LVI, que determina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 2010, p. 21), em torno da qual se estabeleceu e se desenvolveu todo o sistema brasileiro de proibições, em que a principal regulamentação se encontra no artigo 157, do Código de Processo Penal brasileiro, com a redação determinada pela Lei 11690/08.

Filiamo-nos ao entendimento de que a violação de qualquer das proibições, seja de cunho material ou processual, cuja diferenciação não é possível dada a sua finalidade comum e a igual importância constitucional, tem por consequência a inexistência da prova produzida por não ingressar na cadeia procedimental em conformidade às regras procedimentais aplicáveis, e, com isso, a imprestabilidade para fins de valorização no julgamento.

Para nós, portanto, a toda violação de produção implica, necessariamente, na impossibilidade de valoração e valorização da prova, até mesmo porque identificamos nesses dois momentos uma conexão inafastável, em face da conexão entre os princípios processuais do contraditório e da fundamentação das decisões.

Vimos que, em que pese a Constituição brasileira se colocar nos patamares democráticos e garantistas enunciados, notadamente no campo da prova no processo penal, os anseios pela máxima eficácia no combate à criminalidade, principalmente a do tipo grave, não isentou o sistema de proibições de prova da funcionalização e relativização de seus preceitos, sujeitando-o a flexibilizações em prol da busca da verdade e da punição do criminoso.

Reconheceu-se, seguindo entendimentos presentes na Alemanha e nos Estados Unidos, sem prejuízo de outros, da persecução criminal eficaz como interesse do Estado de Direito, a ser ponderado quando em confronto com direitos fundamentais do acusado, passíveis de superação quando houver interesse coletivo que os suplante no caso concreto.

Adotou-se, assim, com expressa previsão legal, no artigo 157 citado, as teorias da fonte independente, da descoberta inevitável e da conexão atenuada, oriundas do direito norte-americano, as quais consideramos técnicas de aproveitamento e de descontaminação das provas ilícitas, por permitirem a valorização da prova, apesar da ilicitude na sua produção.

Soma-se a essas técnicas, pela admissão da prova ilícita, o princípio da proporcionalidade, enquanto critério de ponderação entre os interesses em conflito, já encontrando acolhimento na jurisprudência a sua aplicação *pro societate* em algumas situações restritas, mas com coro na doutrina por uma ampla aplicação, ao argumento da relatividade dos direitos fundamentais, inclusive da previsão do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição.

Entretanto, tivemos oportunidade de ver que mesmo nos sistemas de origem, nenhuma dessas técnicas estão isentas de severas críticas, destacando a discricionariedade sobre a qual se assentam, deixando ao juiz a possibilidade, por critérios não objetivos, de sopesar a necessidade de aproveitamento da prova ilícita, o que deve ser estendido ao ordenamento brasileiro diante da regulamentação legal dada ou pela forma como vem decidindo os Tribunais pátrios.

E justamente por essa discricionariedade, além da violação à devida procedimentação da prova, que reputamos incompatíveis com o modelo constitucional do processo todas essas técnicas de flexibilização das vedações probatórias adotadas.

Discordamos, também, da própria consideração da persecução criminal eficaz como interesse do Estado Democrático de Direito, sendo seu interesse pautar-se pelo devido processo legal, tampouco a possibilidade de sua ponderação em relação aos direitos fundamentais, por crermos ser interesse prevalente sobre qualquer outro a dignidade da pessoa humana.

A incompatibilidade com o Processo Constitucional e o modelo constitucional de processo, entretanto, não se limita a essas técnicas utilizadas, mas a qualquer outra que vise flexibilizar a garantia constitucional de vedação às provas ilícitas, principalmente se pautada por critérios subjetivos e funcionais, despindo os órgãos de persecução e ao julgador de limites ou franqueando-lhes superarem os existentes em nome da busca pela verdade.

Isto porque entendemos que base principiológica processual que incide sobre o procedimento probatório assegura às partes o direito à prova, entendido como o direito de apresentarem as suas proposições, de submetê-las à dialeticidade, de angariar elementos que as comprovem, de confrontá-las com as hipóteses contrárias e de submetê-las à apreciação de um terceiro imparcial, que, valendo-se exclusivamente dos argumentos discutidos, formulará o provimento.

Sobressaiu disto a necessidade de devida procedimentação da prova, em conformidade ao devido processo legal, que não pode ser visto como mera formalidade superável em defesa da celeridade e apuração da verdade, mas como garantia dos direitos fundamentais em

decorrência direta da exigência do Processo Constitucional e do modelo constitucional de processo.

A finalidade do processo penal não é a descoberta da verdade histórica, mas o estabelecimento de um espaço discursivo no qual o direito à prova possa ser exercido na sua amplitude, devendo compreender que todas as asserções apresentadas não contem qualquer conteúdo de certeza baseada na autoridade do locutor, mas a certeza de se ter alcançado, pelo estado da discussão, a hipótese mais provável, em face da maior resistência às refutações apresentadas.

Superamos, assim, os dois fatores que entendemos serem os mais utilizados em defesa da flexibilização, a verdade real e a livre investigação das provas, que fomentam uma concepção de processo embasada no decisionismo judicial pela pacificação social.

Ao concluirmos pela impossibilidade absoluta da flexibilização das proibições de prova, estamos concluindo pela necessidade de que a fundamentação decisória extraia exclusivamente dos argumentos produzidos e discutidos pelas partes em contraditório no tempo-espaço do procedimento a motivação.

E, em última instância, que toda intervenção estatal nos direitos fundamentais somente se dê nos limites traçados constitucionalmente, assegurando àquele sobre quem pesa a ameaça de pena a proteção eficaz de sua dignidade enquanto pessoa, o que somente é viabilizado pelo processo.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA, **Ministério da Justiça da Alemanha**, em <http://www.bmj.bund.de>.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 1 ed. 3. reimpr. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: [s.n.], 1998.

AMBOS, Kai; Lima, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira**: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11689, 11690 e 11710. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ANANIAS DE SOUZA, Patrus. Processo constitucional e devido processo legal. *In Estudos continuados de teoria do processo*. Coord. Rosemiro Pereira Leal. Porto Alegre: Síntese, 2000.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile**: il modelo costituzionale del processo civile italiano. 2 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. **O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional**. Revista de Processo, v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul./set. 1997.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

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

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

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos. 1 reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte. V. 2., n. 3 e 4. p. 89-154, 1º e 2º sem. 1999.

BARROS, Flaviane Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. *In* MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e Processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

BARROS, Flaviane Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11690/08, n. 11.719/08 e n. 11900/09. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009b.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) Revista Interesse Público. Ano 7, n. 33, setembro/outubro de 2005. Porto Alegre: Notadez.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei 3.689 de 03 de outubro de 1942. **Códigos Penal; Processo Penal e Constituição Federal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As Reformas do código de processo civil e o processo constitucional. In: Brêtas, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

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

CARNELUTTI, Francesco. **Questioni sul processo penale**. Bolonha: Zuffi, 1950.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI de Oliveira, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA. Marcelo Andrade. **O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, p. 161-170, 1º e 2º sem. 2000

CÍCERO. **Dos Deveres**. Coleção Clássicos. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. I volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **US Supreme Court Center**, em <http://supreme.justia.com/>

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 5.ed., Padova: CEDAM, 1989.

FENECH, Miguel. **Derecho Procesal Penal**. v. I. Barcelona: Labor, 1952.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 2.ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FLORIAN, Eugênio. **Delle Prove Penali**. v. I. Millano: Vallardi, 1921.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47-65.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. Coord. Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 2ª edição. Ed. Impetus, 2006.

GRECO, Luis. **Introdução à dogmática funcionalista do delito**. Revista Jurídica, Ano 48. Porto Alegre, 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

HABERMAS, Jürgen. **O Estado Nação Europeu frente aos desafios da globalização**. Revista Novos Estudos, n. 43, São Paulo: CEBRAP, Nov. 95.

ISRAEL, Jerold H.. **Criminal Procedure**. 5 ed. Saint Paul: West Publishing, 1993.

LAFAVE, Wayne R.. ISRAEL, Jerold H.. **Criminal Procedure**. 2 ed. Saint Paul: West Publishing, 1992.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: Primeiros estudos**. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEONE, Giovanni. **Appunti sul Problema della Prova nel Processo Penale**, in Studi in Memoria di Filippo Grispigni, 1956.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3.ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Tomo III. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Chile: Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1970.

MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. v. 2. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. II. Campinas: Bookseller, 1998.

MARQUES, José Frederico. **Estudo de direito processual penal**. 2.ed. Campinas: Millennium, 2001.

MELLO, Rodrigo Pereira. **Provas ilícitas e sua interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MITTERMAIER, CJA. **Tratado da prova em matéria criminal**. 3. ed. Tradução Herbert Wuntzel Heinrich, São Paulo: Bookseller, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

PISANI, Mario *et al.* **Manuale di Procedura Penale**. 2 ed. Bolonha: Monduzzi Editore, 1997.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1999.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Cidadania Processual e Relativização da Coisa Julgada**. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, Porto Alegre, n. 22, ano 4, p. 6, mar.-abr.2003.

PORTUGAL. **Assembléia da República**. [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt)

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição de democracia participativa**. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 17, jan./mar. 2009, p. 53-68.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 25 ed. vol. I. São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1998.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. *RT*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e Processo**, ou de “Como discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta. In Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade e Machado, Felipe Daniel Amorim. **Hermenêutica Constitucional e Processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 25.ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohlen. V. I e II. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Hemenêutica, Constituição e Processo, ou de “Como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta certa. In **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TARUFFO, Michele. **Dimensioni transculturali della giurizia civile. Sui confini: scritti sulla giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. v. I. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TOMKOVICZ, James J.. **Criminal Procedure**. New York: Aspen Law & Business, 1997.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO FILHO. **Processo Penal**. 29. ed. rev. e atual. Vol. 1 a 4. São Paulo: Saraiva, 2007.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **Iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.