

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Ricardo Comin de Moraes

A IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA
PROPORCIONALIDADE PARA APROVEITAMENTO DA
PROVA ILÍCITA CONTRA O ACUSADO

Passo Fundo
2013

Ricardo Comin de Moraes

A IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA
PROPORCIONALIDADE PARA APROVEITAMENTO DA
PROVA ILÍCITA CONTRA O ACUSADO

Monografia apresentada ao curso de Direito,
da Faculdade de Direito da Universidade de
Passo Fundo, como requisito parcial para a
obtenção do grau de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais, sob orientação do
professor Me. Gabriel Antinolfi Divan.

Passo Fundo
2013

Aos meus pais, por todo amor e suporte ao longo da vida e pela especial atenção que dispensaram à minha educação.

RESUMO

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente é por vezes mitigado no processo penal, mediante a utilização da proporcionalidade, para admitir uma prova ilícita favorável à acusação. Discute-se se a possibilidade de aproveitamento de provas ilícitas desfavoráveis ao acusado mediante o uso do princípio da proporcionalidade pode banalizar ou não o princípio de proscrição de provas ilícitas e contribuir para o arbítrio estatal. Fala-se também que a negação absoluta de aproveitamento de provas ilícitas pode acarretar prejuízo a outros direitos dignos de tutela em alguns casos extremos. Diante desses pressupostos, faz-se uma análise, o mais crítica possível, da discussão principalmente em nível doutrinário, utilizando-se o método dialético de abordagem e bibliográfico de procedimento. Demonstra-se, por fim, que a proporcionalidade não pode ser invocada no processo penal brasileiro para aproveitar uma prova ilícita favorável à acusação, por faltarem critérios precisos para tanto.

Palavras-chave: Inadmissibilidade. Processo penal. Proporcionalidade. Provas ilícitas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A PROVA NO PROCESSO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA TEORIA GERAL	9
1.1 Ônus da prova	9
1.2 Limites para produção de provas	12
1.3 Sistemas de valoração da prova	15
1.3.1 A prova legal ou tarifada	16
1.3.2 A íntima convicção	17
1.3.3 O livre convencimento Motivado	19
1.4 Princípios gerais relacionados às provas	21
1.4.1 Contraditório e ampla defesa	22
1.4.2 Comunhão da prova	23
1.4.3 Identidade física do juiz	24
1.4.4 Direito ao silêncio e não autoincriminação	26
2 PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	28
2.1 A prova ilícita e sua classificação	29
2.2 A ilicitude da prova segundo a gravidade da violação	32
2.3 Disciplina constitucional e legal da prova ilícita no processo penal brasileiro ...	35
2.4 A prova ilícita por derivação	38
2.5 A exclusão da ilicitude	42
3 O APROVEITAMENTO DA PROVA ILÍCITA EM DESFAVOR DO ACUSADO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	43
3.1 A inadmissibilidade constitucional e o princípio da proporcionalidade	44
3.2 A proporcionalidade e a teoria agnóstica e negativa da pena	46
3.3 A dupla face do princípio da proporcionalidade: proibição de excesso e proibição de proteção deficiente	51
3.4 O princípio da proporcionalidade como recurso para aproveitar uma prova ilícita contra o acusado	58

CONCLUSÃO 61

REFERÊNCIAS 64

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso pretende enfrentar o problema da possibilidade do juiz, mediante a invocação do princípio da proporcionalidade, admitir, contra a pessoa acusada, uma prova obtida ilicitamente, no âmbito do processo penal.

Aqueles que sustentam a possibilidade argumentam que a negação, por parte do juiz, da admissão da prova obtida por meios ilícitos, em alguns casos extremos, acarretaria uma injusta negação de outros direitos protegidos constitucionalmente, pelo que seria invocável, para efeito de aproveitar e admitir a prova, o princípio da proporcionalidade.

De outra parte, os juristas que negam qualquer possibilidade de admitir uma prova ilícita contra o acusado, mediante o princípio da proporcionalidade, sustentam tanto que faltam limites claros para aplicação do mencionado princípio em matéria de provas no processo penal, quanto que não existe um conflito real de direitos dignos de proteção, o que impossibilitaria invocação da proporcionalidade.

A admissão de uma prova implica na valoração dela e, conseqüentemente, pode resultar na condenação do acusado. Se tal prova foi obtida de modo ilícito, será inadmitida ou desentranhada dos autos do processo, em respeito ao princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. No entanto, discute-se, no direito processual penal, o caso em que a não admissão de determinadas provas ilícitas, em favor do estado-acusação, acarretaria a negação de outros direitos dignos de proteção.

O tema escolhido é de fundamental importância, uma vez que toca em questão sensível e controversa, principalmente na doutrina processual-penal brasileira, e nasceu da curiosidade de debater, em primeiro lugar, os casos em que entram em conflito, num processo judicial, interesses, antagônicos. Em segundo lugar, o tema atinge questão essencial em qualquer processo judicial, isto é, a prova, que está intimamente ligada à ideia de convencimento judicial e, portanto, nunca permanecerá muito longe da subjetividade e, com ela, das discussões acaloradas.

Por outro lado, a pesquisa tem notável relevância social e jurídica, pois a má compreensão do tema pode redundar tanto na absolvição indevida de acusados, quanto na condenação injusta deles, contribuindo para o aumento, dependendo do caso, da desconfortável impunidade ou da triste prisionização. Mais ainda, a deturpação da proporcionalidade em matéria penal pode ter como efeito prático, no caso das provas ilícitas, a negação do princípio de proscrição de provas obtidas por meios ilícitos.

Para encontrar a solução adequada ao problema jurídico proposto, e bem analisar as hipóteses para sua solução, o trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo será exposta a teoria da prova em termos gerais – ou teoria geral da prova – com o objetivo de contextualizar o estudo, traçando as noções mais elementares para compreender a complexidade da prova no processo penal, com especial atenção aos princípios aplicáveis a ela.

O segundo capítulo estudará o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. Será conceituada e classificada a prova ilícita, com a demonstração da possível diferença no tratamento das provas obtidas com violação aos direitos materiais ou processuais. A prova ilícita por derivação também será estudada e, com ela, a problemática do nexo causal entre as provas.

Finalmente, no terceiro capítulo será trabalhado o princípio da proporcionalidade, como recurso para solucionar o conflito entre direitos fundamentais, e suas possibilidades de aplicação no âmbito das provas em matéria criminal. No entanto, isso será feito com uma pequena e necessária exposição de algumas doutrinas penais, uma vez que o princípio da proporcionalidade, para admitir aplicação em matéria criminal, parte do pressuposto de que a pena, senão o próprio direito penal, tutela bens jurídicos, discussão essa sempre muito difícil no direito penal.

O método de abordagem da pesquisa é o dialético, uma vez que expõe e debate com as ideias apresentadas ao longo do texto, refutando algumas e adotando outras, mas sem cair no engano de tentar conciliar propostas completamente opostas. O método de procedimento utilizado foi o bibliográfico, com consultas aos manuais de processo penal e direito penal, monografias, legislação, jurisprudência e artigos de periódicos e da internet.

Salienta-se, por fim, que o trabalho não pretende cair na ilusão de esgotar o tema proposto. Mas, tão somente estabelecer limites para aplicação ou não do princípio da proporcionalidade em matéria de provas no processo penal.

1 A PROVA NO PROCESSO PENAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA TEORIA GERAL

Neste primeiro capítulo, far-se-á uma pequena contextualização do tema das provas em matéria criminal. Pode parecer, num primeiro momento, que as noções gerais sobre a prova pouco auxiliam na resolução do problema da admissão de provas ilícitas em favor do estado-acusação. Mas, ao contrário, é importante compreender as noções gerais da prova e, sobretudo, os princípios relativos a ela, num sentido mais aproximado o possível do âmbito penal.

Compreender os princípios num sentido *eminente penal*, por assim dizer, significa, por exemplo, que os princípios penais de garantia atuam como verdadeiras barreiras ao arbítrio estatal, impedindo, com o máximo possível de eficácia, quaisquer ilegalidades cometidas ao longo da persecução criminal. Enunciar os princípios dessa maneira significa, também, admitir a impossibilidade do estado democrático de direito eliminar todas as arbitrariedades cometidas pelo estado. É que, como será referido ao longo do capítulo, a aplicação absoluta, no sentido de máxima eficácia, levaria o sistema penal quase à extinção. Tal fato demonstra que sempre haverá certa defasagem no direito no grau de realização do estado democrático de direito.

1.1 Ônus da prova

O tema do ônus da prova é de fundamental importância em qualquer processo judicial, não apenas em razão da necessidade de atribuir a cada parte um determinado papel, mas também – e sobretudo no processo penal – pela necessidade de nortear o juiz nos casos de *incerteza*. Assim, “ônus” possui um sentido negativo, significando uma incumbência da qual alguém não pode se desvincular, sob pena de sofrer uma consequência desfavorável.¹

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.

No direito processual penal brasileiro, afirma-se que o ônus da prova, como regra, cabe à acusação, parte que apresenta uma imputação por meio da denúncia ou queixa-crime.² Entretanto, para bem compreender a essência do ônus da prova e suas consequências em matéria penal é imprescindível ter presente o princípio constitucional da presunção de inocência.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF), dispõe, em seu art. 5.º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”³

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992, determina no seu Art. 8º. 2., que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]”.⁴

Afirma-se que o mencionado princípio da presunção de inocência determina duas regras; a primeira, regra de tratamento, dispõe que o acusado, durante a persecução penal, não pode sofrer constrições baseadas exclusivamente em sua possível condenação; a segunda, regra probatória, determina que toda carga (ônus) probatória quanto à existência da infração penal incumbe à parte acusadora.⁵

De maneira semelhante, Aury Lopes Jr. concebe a presunção de inocência como um dever de tratamento que se manifesta primeiro internamente ao processo – impondo ao estado que trate o acusado como inocente – e, depois, externamente, impondo a condição de inocência do acusado perante toda sociedade – o que implica na proteção do acusado contra publicidade abusiva e estigmatização, por exemplo.⁶

² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 389.

³ BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9.

⁴ BRASIL. Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 19 out. 2012.

⁵ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 518.

No que interessa o princípio em questão para o tema do ônus da prova, o autor supracitado afirma, categoricamente, que

a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. **Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução** (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*).⁷

Do mesmo modo, Eugenio Pacelli de Oliveira aduz que “Afirmar que *ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória* implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação.”⁸

Situação que merece análise mais apurada é a questão do ônus da prova quanto às alegações do acusado, especialmente quanto aos casos de excludentes de ilicitude. Segundo Nucci⁹, quando o acusado afirma que no momento do fato agiu em estado de necessidade, por exemplo, atrai para si, de modo natural, o ônus de provar tal afirmação. Porém, o mesmo autor admite que “Se o réu não demonstrar o alegado, não significa que sofra a sanção de ser considerado culpado.”¹⁰

De maneira diferente, Aury Lopes Jr. afirma que,

Não há uma carga para a defesa exatamente porque não se lhe atribui um prejuízo imediato e tampouco possui ela um dever de liberação. **A questão desloca-se para a dimensão da distribuição do risco pela perda de uma chance de obter a captura psíquica do juiz, O réu que cala, assume o risco decorrente da perda da chance de obter o convencimento do juiz da veracidade de sua tese.**¹¹

O Código de Processo Penal (CPP), no art. 156, *caput*, tenta solucionar a questão afirmando que “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: [...]”.¹²

⁷ LOPES JR., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 519. (grifo nosso)

⁸ OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 348. (grifos do autor)

⁹ NUCCI, **Provas no processo penal**, p. 23.

¹⁰ *Ibidem*, p. 23.

¹¹ LOPES JR., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 520. (grifo nosso)

¹² BRASIL, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 11 out. 2012.

Na realidade, não se pode dizer que o acusado tem o ônus de provar suas alegações, excludentes de ilicitude (ou antijuridicidade) ou demais teses defensivas, isso porque não sofre ele qualquer prejuízo processual quando não logra êxito em convencer o juiz: não pode o juiz condenar o acusado, sob a justificativa de que ele não comprovou cabalmente sua tese defensiva.¹³ O que há, isto sim, é um risco *natural*, mas esse risco não pode ser confundido com uma sanção de ordem processual que tenha o condão de permitir uma condenação. O acusado que permanece calado, ao invés de apresentar sua versão dos fatos, também corre risco *natural*, pois perdeu a chance de alegar algo em sua defesa.

Outra situação de grande delicadeza diz respeito à iniciativa probatória do juiz. É que o art. 156, I do CPP permite ao juiz ordenar produção de provas até mesmo antes do início do processo judicial propriamente dito.

Para Oliveira¹⁴, a inconstitucionalidade do dispositivo é manifesta, pois ao juiz não é dado o papel de tutor da investigação criminal.

A rigor, não há necessidade de socorrer-se o juiz ao citado dispositivo, se o Ministério Público, com sua *opinio delicti*, estiver devidamente atento às investigações criminais. Desse modo, somente excepcionalmente poderia o juiz determinar uma produção antecipada de provas, o que, a rigor, não é nenhuma aberração. Se o juiz não é tutor do inquérito, tampouco pode deixá-lo ao abandono, quando verificar, em algum caso muito excepcional, que deve determinar a produção antecipada de provas.

1.2 Limites para produção de provas

Ainda que se destinem a demonstrar a veracidade das alegações, de modo que seja aceitável a afirmação segundo a qual no processo penal não há grandes limitações em relação a esta finalidade, a sistemática das provas, como não poderia deixar de ser, também conhece algumas restrições.

¹³ NUCCI, **Provas no processo penal**, p. 23. O autor, embora afirmando que o acusado de fato tem o ônus de provar suas alegações, conclui acertadamente que a não comprovação de alguma tese defensiva não pode ensejar uma condenação.

¹⁴ OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 349.

Antes de qualquer coisa, necessário apontar uma diferença. A inadmissibilidade de uma prova não pode ser confundida com a nulidade da mesma. Gomes Filho ensina que

[...] a declaração de nulidade não é automática e o ato praticado irregularmente pode mesmo vir a ser considerado válido e eficaz, se não concorrentes determinados pressupostos legais para sua invalidação (v.g. a inexistência de prejuízo, a ocorrência de alguma causa de convalidação; já a inadmissibilidade, por operar em momento anterior à prática ou ao ingresso do ato no processo, impede a produção de qualquer efeito válido, aproximando-se mais da ideia de *inexistência* (jurídica) do ato vedado pela lei processual.¹⁵

É bem verdade que a distinção proposta pelo autor é um tanto quanto confusa. Mas, como o próprio admite, e isto parece ser o essencial para compreender a diferença, a prova inadmissível liga-se à ideia de inexistência jurídica e, portanto, só é possível conceber uma prova como inadmissível, por ser ilícita, quando a mesma tiver sido obtida de forma a violar inapelavelmente um direito.

Quanto às espécies de limitações probatórias, elas podem ser divididas entre regras de exclusão de ordem processual, regras de exclusão de ordem extraprocessual e regras de exclusão de ordem lógica.¹⁶ A “exclusão”, evidentemente, refere-se à determinada espécie de prova que dever ser excluída/desentranhada do processo.

As regras de exclusão de provas em razão de finalidades extraprocessuais podem assim ser conceituadas

[...] os diversos ordenamentos – em maior ou menor medida – prevêm a **exclusão de provas cuja prática possa representar um atentado** à integridade física ou psíquica, à dignidade, à liberdade ou à privacidade das pessoas, à estabilidade das relações sociais, à segurança do próprio Estado, etc.; são casos em que **razões externas ao processo** justificam o sacrifício do ideal de obtenção de um verdade processual mais próxima à realidade dos fatos.¹⁷

¹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 94.

¹⁶ *Ibidem*, p. 91.

¹⁷ GOMES FILHO, **Direito à prova no processo penal**, p. 99. (grifo nosso)

É nesse campo das regras de exclusão por finalidades extraprocessuais que se pode colocar o problema das provas obtidas ilicitamente. Entretanto, como essa problemática merece capítulo a parte no presente trabalho, é das regras de exclusão por finalidades processuais e lógicas que se deve tratar neste tópico.

Assim, quanto às **limitações probatórias de ordem processual**, é de se ver que o art. 155, par. único do CPP, com redação dada pela Lei ^o 11.690 de 2008,¹⁸ estabelece nítida restrição, na medida em que, por exemplo, somente poderá ocorrer a extinção da punibilidade de um acusado morto se houver a juntada da correspondente certidão de óbito.¹⁹

Outro exemplo claro diz respeito às questões prejudiciais.²⁰ Se a decisão penal depende da resolução de uma determinada questão no juízo cível, tem-se, mais uma vez, hipótese de limitação à atividade probatória, pois a lei, ao prescrever que o curso do processo deve ficar suspenso (art. 92, caput do CPP)²¹, nada mais faz do que reconhecer no juízo penal uma certa incapacidade para decidir uma controvérsia de natureza civil. Note-se que, neste caso, são excluídas (inadmitidas) quaisquer outras provas que objetivem comprovar a questão civil, ou seja, a lei somente reconhece uma prova como válida.

Já em relação às **regras motivadas por razões lógicas**, esclarece Gomes Filho que

a exclusão de provas não se faz apenas por critérios jurídicos (*admissibilidade*), mas também deve obedecer a exigências de ordem lógica: **trata-se, então, de verificar se as provas que se pretende introduzir no processo são úteis ao julgamento** ou, ao contrário,

¹⁸ Art. 155. 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. **Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.** (grifamos) BRASIL, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 11 out. 2012.

¹⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 18. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 461.

²⁰ Ibidem, p. 461. Para o autor, as questões prejudiciais são limitações ao princípio da liberdade da prova.

²¹ Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente. BRASIL, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 abril 2013.

representem perda de tempo ou fator de confusão para o raciocínio do julgador.²²

A partir dessa ideia de relevância ou utilidade das provas para o deslinde da causa, e para além dos óbvios casos onde a prova de uma pequena circunstância é irrelevante, pode-se lembrar, sem grande dificuldade, dos casos em que a testemunha, por ocasião de sua oitiva, manifesta visão pessoal, alterando a objetividade dos fatos e expressando mais (ou menos) do que sabe.

Certo é que esse exemplo serve para demonstrar também hipótese em que houve violação de regra de exclusão processual – ou talvez até extraprocessual (com o que a prova seria ilícita) –, mas, sem dúvida, o que extravasa a narração objetiva do fato é irrelevante e, conseqüentemente, deve ser excluído ou simplesmente desconsiderado pelo juiz. Se o representante do MP questiona se a testemunha viu o acusado na cena do crime, será irrelevante para o juiz o relato de que acusado tem fama de criminoso. Afinal de contas, não é por outro motivo que se exige uma imputação clara e precisa da acusação. Sem identificar, na denúncia ou na queixa, o fato em tese criminoso, nem o acusado se defende, nem o juiz julga.

Na realidade, se essa regra de exclusão pelos motivos lógicos fosse levada a cabo, dever-se-ia desconsiderar, até mesmo, uma boa parte (senão quase a totalidade) dos antecedentes criminais, naquilo que eles têm de persuasivo para o juiz, eis que a condenação por um fato passado não tem relação objetivamente direta (ou seja, em termos factuais) com o novo fato, objeto de análise; ao contrário, liga-se não a um direito penal do fato, mas a um direito penal do autor. Em outras palavras, não interessa saber se o acusado já foi condenado por outros crimes semelhantes, interessa apenas saber do fato imputado na denúncia.

1.3 Sistemas de valoração das provas

Valorar a prova significa o processo pelo qual o juiz forma seu convencimento ao vislumbrar a produção de uma prova.

²² GOMES FILHO, *Direito à prova no processo penal*, p. 130 e 131. (grifo nosso)

Anote-se que os sistemas de valoração que seguem, ainda que inseridos nos seus respectivos contextos históricos, não correspondem a uma exposição cronológica, como se um tivesse necessariamente antecedido o outro. Pode até ser que tal fato tenha ocorrido. Porém, não é exatamente o objetivo do trabalho abordar a história do convencimento judicial em matéria penal.

Aliás, sempre será possível identificar ranços de um ou outro sistema, até mesmo no atual modelo do livre convencimento motivado.

1.3.1 A prova legal ou tarifada

Segundo esse sistema, também chamado de sistema das regras legais ou da certeza moral do legislador,²³ cada prova produzida tinha um valor preestabelecido, de modo que juiz ficava vinculado ao respectivo valor na sua decisão.

Conquanto seja corrente a afirmação de que o valor de cada prova era fixado pela lei,²⁴ os critérios para aferição do valor probatório resultaram de uma elaboração doutrinária complexa iniciada com a leitura dos textos romanos, a ponto de a Ordonnance de 1670 não conter (senão simplesmente supor) regras sobre o valor das provas.²⁵

Nos dizeres de Gomes Filho,²⁶

os juízes, examinando os autos, deviam apreciar o caráter de cada prova e extrair dela o respectivo valor, formulando numericamente a sua *quantidade*, para fins de decisão; assim, as prova podiam resultar *plenas* ou *semiplenas*, ou ainda *manifestas, consideráveis e imperfeitas* (ou *ligeiras*).

O sistema da prova tarifada foi fundamental para legitimar o modelo inquisitório, uma vez que complementava o inquérito, sendo, inclusive, um sistema racionalizador e humanizador das provas, se comparado com o regime da sociedade

²³ A expressão “certeza moral” é empregada por RANGEL, **Direito processual penal**, p. 513.

²⁴ Assim, RANGEL, **Direito processual penal**, p. 513; NUCCI, **Provas no processo penal**, p. 23; LOPES JR., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 5131; e OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 352.

²⁵ NOBILI, Maximo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974. apud GOMES FILHO, **Direito à prova no processo penal**, p. 23.

²⁶ GOMES FILHO, **Direito à prova no processo penal**, p. 23. (grifos do autor)

feudal europeia antes do surgimento do inquérito.²⁷ E, não bastasse isso, o fundamento da prova legal ainda era garantista, pois funcionava como corretivo do inquisitorialismo, protegendo o acusado do arbítrio do convencimento judicial, segundo Romagnosi, citado por Gomes Filho.²⁸

Ainda que tenha supostamente pretendido a proteção do acusado, esse modelo, segundo Garraud, citado por Gomes Filho, fracassou no seu intento, eis que a confissão, inevitavelmente mediante tortura, acabou se tornando a prova plena para a condenação, quando os demais meios de prova não possibilitavam tal resultado.²⁹

Ademais, num estado constitucional e democrático de direito como o brasileiro tal sistema seria ilegítimo pelo simples fato de que permite o uso da intimidação e da força como meio de prova, pouco importando a maior ou menor aproximação com a verdade processual.

1.3.2 A íntima convicção

Por meio desse sistema, a lei outorga a responsabilidade pela valoração das provas ao magistrado, o qual tem total liberdade para decidir do jeito que sua consciência mandar, não estando, sequer, obrigado a motivar sua decisão, eis que pode utilizar até mesmo provas que não estão no processo, bem como fazer uso de sua experiência pessoal.³⁰ No processo penal brasileiro, tal sistema está previsto no tribunal do júri.

A crítica frente ao modelo repressivo das monarquias absolutas, que se consolidaram mediante práticas inquisitórias, resultou num ponto fundamental do iluminismo, que serviu de inspiração à revolução francesa.³¹

Esclarece Gomes Filho que

²⁷ Ibidem, p. 19, 20 e 22.

²⁸ ROMAGNOSI, G.D. Cenni sul sistema della convinzione intima e delle prove legali e sul calcolo degli indizii. In: GIORGIO (Org.) **Opere di G. D. Romagnosi**. Milano: Perelli e Mariani, 1842, v. IV, p. 965. apud GOMES FILHO, **Direito à prova no processo penal**, p. 23.

²⁹ GARRAUD, R. **Précis de droit criminel**, 18. ed. Paris: Librairie de La Société Du Recueil Général des lois e arrêts, 1903, p. 633 apud GOMES FILHO, **Direito à prova no processo penal**, p. 24.

³⁰ RANGEL, **Direito processual penal**, p. 511.

³¹ Ibidem, p. 25.

Especialmente no campo do processo penal, era veemente a reprovação ao sistema inquisitório; ao mesmo tempo, apresentavam-se propostas reformistas inspiradas sobretudo no modelo inglês de julgamento pelo júri popular, em seguida a um processo público, oral e com a participação da defesa, único compatível com a presunção de inocência [...]³²

Interessante notar que parece haver uma contradição entre a adoção da livre convicção e a concomitante crítica ao sistema de provas tarifadas: a doutrina iluminista lutava pela legalidade dos delitos, mas deixava ao livre arbítrio do juiz a valoração probatória, substituindo a anterior discricionariedade no tocante a imposição de penas (penas sem lei) pela discricionariedade total no tocante as provas.³³

É importante estar atento para os perigos e inconvenientes da íntima convicção. Adverte Aury Lopes Junior que

Isso significa um retrocesso ao direito penal do autor, **ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição sócio-econômica, aparência física, postura do réu durante do julgamento, ou mesmo antes do julgamento**, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. **E, tudo isso, sem qualquer fundamentação**. A amplitude do mundo extra-autos que os jurados podem lançar mão, sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse imenso poder de julgar.³⁴

A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova.

Deveras, não se pode ignorar os riscos desse sistema, na medida em que permite decisões judiciais não fundamentadas. E não é por outra razão que Paulo Rangel, observando que não há compatibilidade entre a íntima convicção e o

³² Rangel, p. 24 e 25. (grifo nosso)

³³ GOMES FILHO, **Direito à prova no processo penal**, p. 26.

³⁴ LOPES JR., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 532. (grifo nosso)

princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX da CF³⁵), propõe a motivação das decisões do júri, alegando que

A motivação é exatamente o freio para se impedir o arbítrio. Os jurados são leigos, mas decidem sobre os fatos e sobre estes, na sala secreta, devem, entre si, sem a presença da defesa e do MP, manifestar-se. **A incomunicabilidade é durante o julgamento em plenário, porém, uma vez na sala secreta, devem expor, sem declinar nomes, as razões pelas quais condenam, absolvem ou desclassificam.** O prático não consegue olhar para a constituição e aplicá-la às normas legais ordinárias. Fica preso às regras básicas do código e tenta interpretar a constituição de acordo com o código, e não o contrário.³⁶

E o mencionado autor finaliza aduzindo que “A fundamentação é um instrumento de controle de que dispõe a sociedade sobre as decisões judiciais, evitando os excessos e os abusos por parte dos órgãos estatais, limitando o exercício do poder. É um adeus ao passado fascista.”³⁷

Tem razão o autor, no ponto em que enfatiza a necessidade de compatibilizar os princípios constitucionais. O júri, de fato, não pode ser um tribunal totalmente alheio ao resto da ordem jurídica. Não haveria, em princípio, inconstitucionalidade numa lei que viesse a permitir a deliberação dos jurados, quando da votação na sala secreta. A incomunicabilidade do Júri parece resultar muito mais de uma tradição não abandonada do que da Constituição Federal.

1.3.3 O livre convencimento Motivado

Em tal sistema, o juiz é livre na valoração probatória, sem estar subordinado a critérios prévios de valoração, e pode formar seu convencimento optando por qualquer prova. Pode optar, por exemplo, por um único testemunho para tomar sua

³⁵ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]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; (grifo nosso) BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78.

³⁶ RANGEL, **Direito processual penal**, p. 512. (grifo nosso)

³⁷ *Ibidem*, p. 513.

decisão.³⁸ No entanto, “Não há a possibilidade de o juiz decidir de acordo com as provas que não constam nos autos do processo, pois as partes têm o direito subjetivo constitucional de conhecer as razões de decidir do magistrado[...].”³⁹

O livre convencimento, também chamado de persuasão racional⁴⁰, está lastreado pelo já citado art. 93, IX da CF, e pelo art. 155, caput do CPP (com redação dada pela Lei nº. 11.690 de 2008), que assim dispõe: “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”.

Para Gomes Filho, a grande diferença entre o sistema da íntima convicção e o sistema do livre convencimento está na

delimitação do caminho mental a ser percorrido pelo julgador: enquanto na *íntima convicção* a solução das questões de fato decorre de uma tomada de posição pessoal, em face das provas apresentadas, o *livre convencimento* pressupõe uma liberdade *racionalizada*, exercida dentro de certos parâmetros ditados pela lógica, pela psicologia, pelas regras da experiência comum, e outras, inclusive jurídicas.⁴¹

É preciso ter em mente que o livre convencimento obviamente não é um critério infalível e, assim, não está livre de críticas. Lopes Jr. observa que “Não há como fechar os olhos para o fato de que basta uma boa retórica para mascarar a sentença e disfarçar o que realmente ocorreu: o primado do juízo moralista sobre as provas e fatos do processo.”⁴²

Não há como negar que o juiz, embora não deva fazê-lo, pode utilizar meros antecedentes criminais para embasar sua decisão, sem, no entanto, fazer menção expressa aos antecedentes na sentença condenatória. Tal atitude, lamentavelmente, além de violar o dever de motivação, ainda dificulta o direito de interpor recurso: se

³⁸ OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 353.

³⁹ RANGEL, **Direito processual penal**, p. 516.

⁴⁰ NUCCI, **Provas no processo penal**, p. 23

⁴¹ GOMES FILHO, **Direito à prova no processo penal**, p. 162. (grifos do autor) O autor esclarece que a íntima convicção não significa um processo decisório desprovido de racionalidade, ou baseado puramente na intuição, eis que a chamada *Law of evidence*, própria do sistema acusatório anglo-americano, teve o objetivo de racionalizar as decisões e reduzir as possibilidades de erro judicial.

⁴² LOPES JR., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 534.

as partes não sabem o *real motivo da decisão*, não podem refutá-la plenamente por meio do recurso cabível.

É com total razão que Lopes Jr. conclui que “Em definitivo, o livre convencimento é, na verdade, muito mais *limitado* do que *livre*. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle.”⁴³

1.4 Princípios gerais relacionados às provas

Antes de iniciar a exposição dos princípios pertinentes às provas, é necessário fazer uma observação. Em ensinamento de Direito Penal – de utilidade também para o processo penal –, Eugênio Raul Zaffaroni esclarece que, em tema de princípios limitadores do “poder de punir”⁴⁴, é impossível catalogar ou enumerar exaustivamente todos os princípios, em razão da própria dinamicidade dos conflitos e violações (aos direitos do acusado).⁴⁵

O autor observa também que é preciso estar atento para a circunstância de que “nenhum dos princípios mencionados como limitadores do poder punitivo conhece uma aplicação absoluta. **A observação corrente permite afirmar que se todos eles fossem enunciados de modo absoluto, urgiria admitir sua violação cotidiana.**”⁴⁶

E prossegue o citado autor explicando que

Se os princípios limitadores fossem promovidos a regras de valor absoluto que passassem a corrigir a operacionalidade do poder punitivo, este sofreria uma radical redução. Tal comprovação provoca um desconforto na doutrina tradicional, a ponto de se chegar a considerá-los como princípios meramente orientadores, ante a evidência de que, aplicados de modo estrito, levariam à extinção da pena.⁴⁷

⁴³ Ibidem, p. 536. (grifos do autor)

⁴⁴ A expressão é empregada pelo autor.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. et. al. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 201.

⁴⁶ Ibidem, p. 200. (grifo nosso)

⁴⁷ ZAFFARONI, **Direito penal brasileiro**, p. 200. (grifo nosso)

A primeira observação (pretensão de catalogação dos princípios) é importante porque da enumeração exaustiva de princípios resulta o inevitável desdobramento de alguns deles em tantos princípios quantos forem os problemas ínsitos ao respectivo princípio desdobrado – quando, na realidade, os princípios resultantes do desdobramento não passam de mera decorrência lógica. Aliás, quem possui tal pretensão provavelmente está mais preocupado com o nome do princípio do que com as consequências dele.

A segunda observação (inexistência de aplicação absoluta dos princípios) também é de grande utilidade, pois permite compreender que um princípio (norma jurídica) sempre exprime um mandado de otimização, no sentido de que ... Além disso, a explicação do autor permite também separar o âmbito normativo do âmbito real: não se pode, apenas a título de exemplo, transformar o princípio de que os acusados são presumidamente inocentes no fato de que *realmente* todos os acusados assim são vistos pelo juiz durante o processo penal, pois isso implicaria na transformação de uma norma jurídica num fato do mundo real.

Imprescindível, ainda, esclarecer que o princípio da presunção de inocência não merecerá novos comentários, por conta de sua vinculação direta e necessária com o já trabalhado tema do ônus da prova, que deste princípio jamais pode se afastar. Ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos será dedicado um capítulo inteiro à parte, como adiante se verá.

1.4.1 Contraditório e ampla defesa

Impossível falar sobre a relação processual sem citar o contraditório e a ampla defesa, princípios que asseguram uma participação e um confronto dialético entre as partes, o que só pode enriquecer a decisão do juiz, que assistiu às diferentes versões e sobre elas pode lançar olhar crítico.

Segundo Pacelli de Oliveira⁴⁸, até a década de 1970 o princípio do contraditório significava apenas o direito à informação sobre as alegações feitas no processo e a possibilidade de reação em face delas, mas, com a doutrina de Élio

⁴⁸ OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 343.

Fazzalari, passou a significar também um dever de simetria entre as partes – paridade de armas.

Em razão do princípio da ampla defesa, merece o acusado tratamento diferenciado no processo, o que lhe confere certos direitos exclusivos, por ser a parte naturalmente mais fraca na relação processual⁴⁹. Essa é a mesma visão de Aury Lopes Jr., que reconhece uma

presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com acusador. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz.⁵⁰

Por outro lado, a ampla defesa, ou direito a ampla defesa, se expressa de duas maneiras: através da defesa técnica e da defesa pessoal.⁵¹ No primeiro caso, exige-se, primeiramente, que a causa seja patrocinada por defensor habilitado na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)⁵², e garante (obriga) a presença do defensor em todos os atos processuais, mormente em matéria de provas.⁵³ No segundo caso, o acusado tem o direito (mas não o dever) de se manifestar pessoalmente, prestando depoimentos, concedendo material genético, consentindo na realização de perícia grafotécnica, etc.

1.4.2 Comunhão da prova

Pelo princípio da comunhão da prova, todas as provas, produzidas por iniciativa de quaisquer das partes, pertencem ao processo, de modo que servem para apurar a veracidade das alegações.⁵⁴

⁴⁹ NUCCI, **Manual de processo penal e execução penal**, p. 82.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 196. (grifo nosso)

⁵¹ LOPES JR., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 196 e 529.

⁵² OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 343.

⁵³ LOPES JR., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 529.

⁵⁴ NUCCI, **Manual de Processo penal e execução penal**, p. 82.

Avena⁵⁵, ao comentar o princípio, chega ao ponto de referir que “Em nome dessa sistemática, por exemplo, é que não se pode admitir a desistência da oitiva de testemunha arrolada por um dos polos sem a anuência do outro, pouco importando se quem a arrolou foi a acusação ou a defesa.”

Paulo Rangel afirma, por sua vez, que “a Lei 11.719/08 excepciona a prova testemunhal: se o Ministério Público arrola Tício como testemunha, pode desistir de sua oitiva sem o consentimento da parte contrária e vice-versa, salvo o juiz que poderá ouvir a testemunha, se quiser (art. 401, § 2º do CPP).”⁵⁶

Vê-se que “o princípio da comunhão da prova é um consectário lógico dos princípios da verdade processual e da igualdade das partes na relação jurídico-processual, pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado aos autos.”⁵⁷

Esse princípio parece bastante alinhado com a ideia – e a necessidade – de que a prova destina-se a um juiz espectador, que não deve tomar para si a tarefa de gerir a prova.

1.4.3 Identidade física do juiz

O CPP, a partir da Lei nº. 11.719/08, que incluiu parágrafo segundo ao art. 399⁵⁸ inseriu no processo penal brasileiro o princípio da identidade física do juiz, segundo o qual o magistrado que presidiu a instrução processual deve sentenciar.⁵⁹ Segundo Rangel,

Trata-se da exigência legal de que o juiz que presidiu e concluiu a instrução do caso penal seja o mesmo que irá julgá-lo, **já que pela oralidade que o**

⁵⁵ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal para concursos públicos**. 5. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 199.

⁵⁶ RANGEL, **Direito processual penal**, p. 459.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 460.

⁵⁸ Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente. § 1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação. § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. BRASIL, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 abril 2013.

⁵⁹ OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 344

permitiu avaliar direta e pessoalmente os fatos, bem como seu contato imediato com as partes, não nos autoriza que outro magistrado julgue a causa.⁶⁰

Realmente, o princípio é de suma importância, uma vez que a sentença penal, para espelhar fielmente o resultado de um processo de cognição, não poderia ser prolatada senão por juiz que tivesse contato direto e pessoal com a prova. Não se pode ignorar que o contato com a prova produzida em audiência, se não assegura, pelo menos propicia uma conclusão (sentença) um pouco mais aproximada da realidade.

Nada obstante, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmou entendimento⁶¹ de que este princípio pode ser mitigado, sob o argumento de que deve ser aplicado, por analogia, o art. 132, caput do Código de Processo Civil (CPC)⁶², no que tem sido seguido pela jurisprudência do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS).⁶³

É verdade que nada adianta a lei ordinária consagrar um princípio se a jurisprudência negar-lhe aplicação. Mas o juiz por vezes não consegue, em razão dos contratempos da profissão, assistir à produção das provas e, posteriormente, decidir a causa. Trata-se de circunstância bastante específica que infelizmente deve ser levada em conta para mitigar o princípio. Infelizmente, porque ninguém duvida de que o fato de ter assistido à produção de provas proporciona ao juiz uma boa (ou melhor) condição de decidir.

⁶⁰ RANGEL, **Direito processual penal**, 2010, p. 549. (grifo nosso)

⁶¹ Veja-se a seguinte decisão: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Nº 214.163 - DF**. Rel. Min. Assusete Magalhães. Brasília, DF, 16 abr. 2013 Disponível em: <[HTTP://www.stj.jus.br/](http://www.stj.jus.br/)>. Acesso em: 13 mar. 2013.

⁶² Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor. BRASIL. Lei N.º 5.869, De 11 De Janeiro DE 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 12. Jan. 2013.

⁶³ Veja-se a recente decisão: RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70052298718**, da 8.ª Câmara Criminal. Relator Des. Danúbio Edon Franco. Porto Alegre, 27 de março de 2013. Disponível em: <[HTTP://WWW.tjrs.jus.br](http://WWW.tjrs.jus.br/)>. Acesso em: 15 abr. 2013.

1.4.4 Direito ao silêncio e não autoincriminação

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXIII⁶⁴) e, posteriormente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, 2., h⁶⁵), os acusados ou indiciados (e mesmo os apenas presos) passaram a ter o direito de permanecerem calados.

Esclarece Lopes Jr. que

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual **o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.**⁶⁶

É precisamente por essa razão apontada que deve ser reconhecido como flagrantemente inconstitucional o art. 198 caput do CPP⁶⁷. Com efeito, se o acusado exerce um direito seu não pode por isso sofrer qualquer espécie de prejuízo, especialmente em se tratando de assunção de culpabilidade. Ademais, de nada adiantaria proibir-se a confissão forçada (parece ser essa a “razão” da norma) se de qualquer maneira o juiz pode tirar do silêncio a prova da culpa do acusado.

Claus Roxin, ao comentar decisão do 4º Senado do Bundesgerichtshof⁶⁸, alude a um *dever de informação simples* e um *dever de informação qualificada*. O primeiro dever corresponde à exigência de que o acusado (ou indiciado) seja

⁶⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; [...] BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9.

⁶⁵ ARTIGO 8 Garantias Judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g) **direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;** (grifamos) BRASIL. Decreto N.º 678. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 23 abr. 2013.

⁶⁶ LOPES JR., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 204. (grifos do autor)

⁶⁷ “Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.” BRASIL, Decreto-Lei N.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 abril 2013.

⁶⁸ Tribunal alemão que corresponde ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo dividido em senados.

informado do direito de permanecer em silêncio, por ocasião de seu interrogatório, seja em sede judicial ou policial. Já o segundo dever decorre de uma violação do primeiro e significa que o acusado (ou indiciado) tem o direito de ser informado de que seu primeiro interrogatório, realizado sem a observância do dever de informação simples, não poderá ser valorado pelo juiz. Ou seja, nos casos em que o acusado foi primeiramente interrogado sem a prévia comunicação de seu direito de ficar calado (dever de informação simples), deve ele ser comunicado também (quando prestar novo depoimento) de que aquele primeiro interrogatório não será valorado.⁶⁹

Na decisão comentada pelo autor alemão, o tribunal considerou válido interrogatório prestado sem a observância do dever de informação qualificada, sob o principal argumento de que, nesses casos, é possível fazer uma ponderação. Afirmou Roxin:

Menos louvável, no entanto, – e aqui reside minha crítica – é o fato de a decisão em análise também seguir a suposição do 1º Senado de que diante de uma omissão do dever de informação qualificada causado por esquecimento ou erro de direito por parte dos funcionários da justiça, apenas se pode afirmar uma proibição de valorar a prova após uma “uma ponderação no caso concreto”.⁷⁰

O reconhecimento no Brasil desse dever de informação qualificada seria, sem dúvida, a expressão de uma ampla realização da garantia da não autoincriminação e, acrescente-se, também da ampla defesa. O acusado que não sabe da imprestabilidade de seu primeiro depoimento certamente perde a chance de exercer sua autodefesa em toda plenitude: se confessou os fatos anteriormente, por certo pensará que seu segundo depoimento de nada adianta, com o que acaba perdendo a possibilidade de apresentar sua versão acerca dos fatos articulados na denúncia ou queixa-crime.

⁶⁹ ROXIN, Claus. **Por uma proibição de valorar a prova nos casos de omissão do dever de informação qualificada**: reflexões sobre a decisão do 4.º Senado do Bundesgerichtshof (BGHSt, 53, p. 112 e ss.). Revista liberdades, São Paulo, Ibccrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 04, maio-agosto, 2010. Disponível em: <[HTTP://www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em: 12 nov. 2012, p. 44.

⁷⁰ ROXIN, **Por uma proibição de valorar a prova nos casos de omissão do dever de informação qualificada**, p. 46 e 47.

2 PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Quando vislumbrada na perspectiva do acusado, a inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos, objeto de estudo no presente capítulo, é mais um dos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo, verdadeira garantia dos acusados ou indiciados frente a quaisquer desmandos cometidos na persecução penal. O que talvez diferencie esse princípio dos demais princípios penais constitucionais de garantia é a consequência prática, verificável de pronto, no âmbito de um processo judicial: a admissão e valoração de uma determinada prova pode ser fator decisivo para o deslinde da causa. Em outras palavras, a aplicação ou não do princípio determina direta e decisivamente a decisão judicial.

Apesar dessa importância prática tão nítida, e como será mostrado ao longo do capítulo, o legislador infraconstitucional brasileiro demorou, desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CF) em 1988, quase 20 anos para disciplinar minimamente, no bojo do Código de Processo Penal (CPP), a sistemática das provas ilícitas. Antes da lei n.º 11.690 de 2008, que alterou significativamente o CPP, não havia nenhuma disposição infraconstitucional em termos de *teoria geral* da prova ilícita no processo penal. Ainda assim, passados alguns anos, o tema parece carecer de certa profundidade, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

É imperativo, tendo em vista sua notável importância prática, tratar desse tema com profundidade, seriedade e realismo. Por realismo, deve-se entender, aqui, a necessidade de formular um estudo que leve em conta a visível vocação do sistema penal em violar os direitos fundamentais, e, mais especificamente, no que diz respeito à pena criminal, é preciso reconhecer a falência – ou, no mínimo, duvidosa efetividade - no cumprimento de suas funções manifestas. Para obter uma conclusão razoável acerca da problemática do aproveitamento da prova ilícita (o que será tratado no terceiro e último capítulo deste trabalho) é necessário, portanto, trabalhar todas as questões teóricas de modo confessadamente pessimista.

2.1 A prova ilícita e sua classificação

É importante anotar que não há consenso doutrinário sobre a terminologia das provas ilícitas, embora prevaleça, de modo geral, a distinção entre provas obtidas com violação de normas de direito material e provas obtidas com violação de normas de direito processual. A diferenciação não tem apenas importância didática, uma vez que serve também para delimitar o alcance do princípio constitucional que ora se estuda e a eventual diferença no tratamento da prova obtida com violação do direito material ou processual.

Grinover, Gomes Filho e Fernandes, com base nos ensinamentos de Nuvolone, apresentam uma classificação segundo a qual são denominadas de ilegais as provas obtidas com violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento. Desse modo, as provas ilegais são o gênero das quais são espécies as provas ilícitas e as ilegítimas. Ilícitas quando obtidas com violação a normas de direito material, ilegítimas quando obtidas com violação a normas de direito processual.⁷¹

Rangel formula classificação parecida, acrescentando ao gênero (provas ilegais) a espécie *provas irregulares*, exemplificando, essas últimas, com o caso da busca e apreensão (prova permitida) em que são recolhidos objetos estranhos à finalidade do mandado – o mandado tem como fim o recolhimento de uma arma de fogo, mas é apreendida uma camisa suja de sangue ou outro objeto qualquer.⁷² Para o autor

São irregulares as provas que, não obstante admitidas pela norma processual, foram colhidas com infringência das formalidades legais existentes. Quer-se dizer, embora a lei processual admita (não proíba) um determinado tipo de prova, ela exige, para sua validade, o cumprimento de determinadas formalidades que não são cumpridas.⁷³

⁷¹ GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p. 157.

⁷² RANGEL, **Direito processual penal**, p. 466.

⁷³ *Ibidem*, p. 466. (grifo nosso)

É confusa a distinção proposta por este último autor, porque a prova classificada por ele como irregular viola normas de direito processual, eis que o mandado de busca e apreensão deve observar os requisitos do art. 243 do CPP.⁷⁴ Se no cumprimento da diligência são recolhidos objetos estranhos daqueles mencionados no mandado, não há dúvida de que houve infringência à citada norma processual e, portanto, a prova assim obtida será classificada (também) como ilegítima. Uma vez que a classificação utiliza o critério da natureza do direito violado, a prova só pode ser ilícita ou ilegítima, conforme viole normas de direito material ou processual. Admitir uma terceira categoria (prova irregular) significa abandonar o critério, inserindo figura híbrida que apenas atrapalha a compreensão do problema relativo às consequências entre uma e outra prova ilícita.

A mais adequada classificação é a defendida por Nucci, que designa a prova ilícita como gênero, da qual são espécies as provas ilegais e as ilegítimas. Explica o autor que, caso se aceite a classificação segundo a qual a prova ilícita é espécie da prova ilegal, chegar-se-ia a conclusão de que a Constituição Federal apenas proibiu a admissão de provas obtidas com violação ao direito material (provas ilícitas, na classificação de Grinover, Gomes Filho, Fernandes e Rangel), liberando a introdução de provas obtidas com violação ao direito processual (provas ilegítimas), o que seria contrário ao espírito dos direitos e garantias individuais.⁷⁵

De fato, não há sentido em cogitar de início que uma prova violadora do direito processual seja admitida no processo (o que seria possível, levando a cabo a classificação defendida por Grinover, Gomes Filho, Fernandes e Rangel), especialmente em se tratando do processo penal, onde há uma série de garantias de natureza processual em prol do acusado. No primeiro capítulo deste trabalho, foi analisado o princípio do direito ao silêncio e não auto incriminação (*nemo tenetur se detegere*) e viu-se que esse princípio implica no dever de que o acusado ou indiciado seja informado de seu direito de permanecer calado e de que o silêncio

⁷⁴ Art. 243. O mandado de busca deverá: I - indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem; II - mencionar o motivo e os fins da diligência; III - ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. § 1º Se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca. § 2º Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito. BRASIL, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 abr. 2013.

⁷⁵ NUCCI, **Manual de processo penal e execução penal**, p. 88.

não implicará prejuízo para ele. Trata-se evidentemente de dever processual e, no entanto, ninguém hesitaria em classificar como imprestável o depoimento prestado sem a observância desse dever.

Marinoni e Arenhart, baseando-se na distinção entre prova *obtida* ilicitamente e prova *produzida* ilicitamente, apresentam questão interessante relativa à obtenção das informações necessárias para a declaração testemunhal. Abordando a prova ilícita no plano do direito material, mencionam os autores que pode acontecer que “o depoimento testemunhal é prestado a partir de conhecimentos obtidos de modo ilícito [...] No caso, não se pode dizer que a prova foi obtida de modo ilícito, mas sim que as informações reveladas através da prova foram obtidas de forma ilícita”.⁷⁶ No âmbito do processo penal, igualmente pode-se imaginar caso em que alguém obteve informações ilicitamente e, depois, revelou tais informações, prestando testemunho em audiência de instrução criminal.

Essa questão permite, mais uma vez, analisar a aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* conjuntamente com o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita. É relativamente comum encontrar decisões judiciais que apreciam o fato do acusado ter sido interrogado – e frequentemente ter confessado o fato – por agentes policiais no exato momento de sua prisão em flagrante e, por vezes, a “conversa informal” é mencionada pelas testemunhas (os mesmos policiais) na inquirição em juízo.⁷⁷ Pode ocorrer que os agentes policiais, no momento da prisão em flagrante, se e desde que entrevistem o preso, descumpram o dever de informá-lo de seu direito de permanecer calado e de que o silêncio não implicará em prejuízo para ele. Nesse caso, tudo que o preso revelou em seu depoimento será imprestável como prova, diante da ilicitude da mesma; mas de nada adiantaria invalidar-se a “conversa informal” sem invalidar também o depoimento testemunhal baseado nessa conversa. Imagine-se que o juiz, diante de situação semelhante, decide pela ilicitude do “interrogatório”, mas admite e valora a prova testemunhal que nele se baseou. Tratar-se-ia de utilização de prova ilícita mascarada como prova testemunhal lícita, o que equivaleria a uma absurda convalidação da prova ilícita. Em casos assim, não

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 391. (grifo nosso)

⁷⁷ No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, veja-se a seguinte decisão: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, **Recurso em Sentido Estrito n. 70051277176**, da 3ª Câmara Criminal. Relator Des. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 13 de dezembro de 2012. Disponível em: <HTTP://WWW.tjrs.jus.br> Acesso em 18 abr. 2013.

restaria alternativa ao juiz, senão recusar a prova testemunhal (ao menos) no ponto em que menciona a “conversa informal”.

2.2 A ilicitude da prova segundo a gravidade da violação

Mesmo aceitando a classificação de provas ilegais e ilegítimas como *espécies* da prova ilícita, poderá, sim, surgir dúvida acerca da (in)admissibilidade de uma prova, conforme seja ela decorrente do ilícito ou resultante de um procedimento no qual ocorreu um ilícito. Assim, Marinoni e Arenhart sustentam que uma prova dependente (decorrente) do ilícito é mais grave do que a prova em cujo procedimento ocorreu uma ilicitude. Afirmam os autores que

há provas que são dependentes do ilícito e provas em cujo procedimento houve uma ilicitude. Em alguns casos, a prova existe porque o ilícito foi praticado e, em outros, a existência da prova não é consequência da ilicitude. Ou seja, a prova obtida mediante gravação clandestina ou coação, por exemplo, resulta de um ilícito; mas a prova em cujo procedimento foi violada uma regra processual – ou o contraditório – não constitui o resultado dessa violação.⁷⁸

Com base nessa distinção, os autores defendem que a prova cuja existência decorreu diretamente da ilicitude (isto é, o ilícito fez nascer a prova) jamais poderá ser sanada, o mesmo não ocorrendo com a prova em cujo procedimento houve uma ilicitude.⁷⁹ Prosseguem os autores aduzindo que

A prova produzida com violação do direito processual – ou melhor, que não constitui o resultado do ilícito, mas sim o resultado de um procedimento em que ocorreu um ilícito – pode ser sanada somente nas hipóteses em que a regra violada não é essencial à proteção de um direito fundamental processual –, assim como os direitos ao contraditório e à defesa. Nesses casos, tendo em vista que a violação da regra processual pode permitir a salvação do resultado do procedimento probatório – isto é, da prova –, nada impede que ele seja recuperado mediante a observância do requisito legal ignorado. Ademais, quando se considera a prova obtida com violação de regra não essencial, não há razão para se retirar qualquer eficácia ao seu resultado. Ao contrário, na hipótese

⁷⁸ MARINONI; ARENHART, p. 392. (grifo nosso)

⁷⁹ *Ibidem*, p. 394.

de violação de direito fundamental, seja material ou processual, a prova não pode gerar consequência alguma no processo.⁸⁰

A distinção proposta pelos autores é bastante interessante, porque uma prova que nasceu do ilícito, aparentemente, é de fato mais grave do que uma prova em cujo procedimento foi violada alguma regra de natureza processual. Nesse exato sentido, poder-se-ia qualificar como *lícita* essa última prova, desde que a regra violada, segundo afirmam os próprios autores, não seja essencial para os direitos fundamentais. Veja-se que se a prova viola algum direito fundamental, não haverá sentido em perguntar se ela decorreu ou se foi resultado de um procedimento no qual ocorreu um ilícito. Por outro lado, se a prova decorreu do ilícito não importará se a norma violada era constitucional ou infraconstitucional, mas se ela é resultado de um procedimento no qual ocorreu um ilícito será fundamental levar em conta esta distinção.

A tese exposta pelos autores tem o mérito de permitir alguma flexibilidade nos procedimentos probatórios, impedindo que se decrete a ilicitude de provas cuja produção violou regras, em tese (e somente em tese), *de menor importância*. Entretanto, vale desde já a advertência de que os referidos autores analisaram o tema em obra de direito processual civil (ainda que não tenham direcionado seus comentários exclusivamente a um ou a outro ramo do direito processual) e, no processo penal, a questão é sempre mais delicada e problemática.

Por outro lado, não resta dúvida de que a prova cuja existência decorreu diretamente da ilicitude é insanável também no processo penal, pelo simples fato de que essa prova nasceu do ilícito. Resta, então, questionar se o critério da essencialidade da norma violada comporta aplicação no processo penal, diante de provas em cujo procedimento houve alguma ilicitude. Mas antes, veja-se apenas um exemplo de como a questão, quando levada para o processo penal, é mais problemática do que parece.

O sistema de inquirição de testemunhas sofreu profunda (para alguns nem tanto) alteração com a lei n.º 11. 690 de 2008. Referida lei deu nova redação ao caput do art. 212 do CPP, acrescentando também parágrafo único ao mesmo

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**, p. 394. (os grifos em itálico são dos autores, os grifos em negrito são nossos)

dispositivo.⁸¹ A partir dessa alteração, houve quem entendesse pela modificação da ordem de inquirição das testemunhas (as partes passando a iniciar a inquirição e o juiz complementando-a)⁸² e houve quem entendesse que a ordem continuava a mesma (isto é, com o juiz iniciando a inquirição).⁸³

O problema da alteração da ordem de inquirição de testemunhas é tratado como questão afeta ao tema das nulidades e, portanto, está atrelado à eterna discussão entre a nulidade relativa e a absoluta. No entanto, o tema pode ficar ainda mais complicado quando se tem em vista que a alteração (ou não) na ordem de inquirição das testemunhas toca em ponto considerado chave em termos de sistemas processuais. É que, segundo Jacinto Coutinho, o que identifica um sistema processual como inquisitório é a gestão da prova nas mãos do juiz. Leciona esse autor que “[...] o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil.”⁸⁴

Faz-se a seguinte observação, apenas a título de raciocínio: aceitando a lição acima, chegar-se-ia à conclusão de que a (hipotética) mudança na ordem de inquirição das testemunhas tem verdadeira relevância constitucional, até mesmo porque a gestão da prova está, sem dúvidas, alinhada com a imparcialidade do juiz. Aliás, não é por outra razão que Oliveira, defensor, como visto, da tese de mudança na ordem de inquirição das testemunhas, ao comentar a nova redação do art. 212 do CPP, assevera que

⁸¹ Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. BRASIL, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 abr. 2013.

⁸² Assim entende OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 435 e 709; na jurisprudência: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 112446 / SP**. Primeira Turma. Relatora Min. Rosa Weber. Brasília, 8 de maio de 2012. Disponível em <[HTTP://WWW.stf.jus.br](http://WWW.stf.jus.br)> Acesso em: 18 abr. 2013.

⁸³ É o que defende NUCCI, **Manual de processo penal e execução penal**, p. 474; recentemente na jurisprudência: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, **Apelação Crime n. 70053099834**, da 5ª Câmara Criminal. Relator Des. Francesco Conti. Porto Alegre, 10 de março de 2013. Disponível em: <[HTTP://WWW.tjrs.jus.br](http://WWW.tjrs.jus.br)> Acesso em: 18 abr. 2013.

⁸⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: **Revista de Estudos Criminais (01)**. Porto Alegre: ITEC/Notadez, 2000, p. 29 apud CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 80.

a medida se encontra alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova, evitando-se o risco, aqui já apontado, de tornar-se o magistrado um substituto do órgão de acusação. Assim, as partes iniciam a inquirição, e o juiz a encerra.⁸⁵

Diante dessa observação, a mera inversão na ordem de inquirição de testemunhas pode resultar num quadro dramático onde a prova testemunhal assim colhida seria – mais do que nula – ilícita, não obstante tenha sido produzida num procedimento em que houve “apenas” a violação de uma regra processual. Eis, aí, uma enorme diferença que o processo penal proporciona, na comparação com o processo civil, no trato da matéria da essencialidade da norma violada.

Mas nem todo ato que viola normas de direito processual pode ser considerado como prova. No apontado caso em que a prova resulta de um procedimento no qual ocorreu uma ilicitude, por mais fundamental que tenha sido a norma de direito processual violada, não haverá propriamente uma prova ilícita.

2.3 Disciplina constitucional e legal da prova ilícita no processo penal brasileiro

A CF estabelece o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos no art. 5.º, inc. LVI.⁸⁶ Para Marinoni e Arenhart, “*A razão de ser da proibição inserida no art. 5.º, LVI da CF está na insuficiência de sancionar a prova ilícita apenas no plano do direito material. Para uma maior proteção dos direitos, é preciso negar eficácia a tais provas no processo*”.⁸⁷ Essa afirmação está na mesma linha do que foi visto no primeiro capítulo deste trabalho, no sentido de que a proscrição das provas ilícitas faz parte das chamadas *regras de exclusão de ordem extraprocessual*, ou seja, trata-se do caso em que uma prova é inadmitida tendo em

⁸⁵ OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 435.

⁸⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3 e 9.

⁸⁷ MARINONI; ARENHART, **Processo de conhecimento**, p. 395. (grifo nosso)

vista valores estranhos ao processo (intimidade, vida privada, incolumidade física, inviolabilidade do domicílio, etc.).⁸⁸

Nesse sentido, é correto supor que houve uma verdadeira escolha do legislador constituinte, que preferiu dar mais importância ao direito violado do que a descoberta da verdade.⁸⁹ Interessante sublinhar, por outro lado, que esta simples observação também permite negar a existência de um suposto princípio da verdade real no processo penal. Em nível constitucional, a limitação à descoberta da verdade é bastante clara, diante da preferência do constituinte originário.

Em nível infraconstitucional, e como já afirmado, até 2008 não havia lei brasileira dispendo em termos gerais sobre a prova ilícita. Esse quadro foi alterado com a lei n.º 11.690 de 2008, que deu nova redação ao art. 157 do CPP⁹⁰. Tal lei federal ordinária foi oriunda do projeto de lei n.º 4.205 de 2001, de autoria do poder executivo, apresentado a Câmara dos Deputados. A redação final do projeto, aprovado pela Câmara e posteriormente pelo Senado Federal, proibia que o juiz que teve contato com a prova declarada ilícita proferisse a sentença – era o que previa o projeto, acrescentando § 4.º ao art. 157 do CPP⁹¹. Entretanto, tal dispositivo foi vetado pelo Presidente da República, com o Congresso Nacional, posteriormente, mantendo o veto. Vejam-se as razões do veto presidencial:

O objetivo primordial da reforma processual penal consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso. Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo,

⁸⁹ MARINONI; ARENHART, **Processo de conhecimento**, p. 396.

⁹⁰ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º 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. § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. § 4º (VETADO) BRASIL, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 abr. 2013.

⁹¹ § 4.º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. BRASIL, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 abr. 2013.

eis que mesmo que o magistrado concededor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.⁹²

Lamentavelmente, com esse veto perdeu-se a oportunidade de dar uma maior efetividade ao princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. O parágrafo vetado consagraria a teoria da descontaminação do julgado. Infelizmente, as razões do veto presidencial preferiram dar prioridade à celeridade processual em detrimento da necessidade de efetivar a inadmissibilidade das provas ilícitas.

Importante lembrar que a norma constitucional (art. 5.º, LVI) alcança todas as *provas ilícitas* e suas espécies *provas ilegais* e *provas ilegítimas*, segundo a classificação anteriormente sustentada, o que significa dizer, mais uma vez, que não importará a natureza (material ou processual) das normas violadas na obtenção da prova, com a ressalva feita acima – acerca das provas em cujo procedimento foi violada alguma norma processual. De outra parte, no mencionado art.º 157, caput do CPP, não há nenhuma restrição à norma constitucional, já que o legislador infraconstitucional sequer fez menção à qualquer classificação entre provas obtidas com violação a direito material ou processual.

Comentando as já citadas normas constitucionais e legais relativas à prova ilícita, Oliveira afirma que estas normas atuam de modo a cumprir uma *função eminentemente pedagógica* no processo penal, uma vez que buscam controlar a regularidade da persecução criminal.⁹³ Essa aludida *função pedagógica* é de fundamental importância para que se compreenda a problemática sobre a ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal, que será mais bem trabalhada no terceiro e último capítulo. E isso, por ora, significa dizer que para enfrentar tal problema será imprescindível levar em conta o grau de efetivação dos direitos fundamentais no Brasil. Em outros termos, a *função pedagógica* implica saber se o estado aprendeu a lição, por assim dizer. De outra maneira, seria

⁹² BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 350, de 9 de junho de 2008. Veta, parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 4.205, de 2001 (nº 37/07 no Senado Federal), que “Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências”. In: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2005/Msg/Vep/VEP-0339-05.htm>. Acesso em: 15 mar. 2013.

⁹³ OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 357.

completamente enfadonho tocar no tema relativo à restrição de um direito fundamental, sem saber primeiro se esse direito de fato é cumprido.

Conforme será exposto adiante, a tese da ponderação entre o direito violado pela prova (ou entre o princípio de proscrição das provas ilícitas) e demais direitos constitucionais relevantes não nasceu no Brasil e, portanto, da mesma forma que se analisa criticamente a compatibilidade de uma lição de direito processual civil, também será necessário avaliar a pertinência dessa teoria no âmbito do processo penal brasileiro.

2.4 A prova ilícita por derivação

O problema da prova ilícita por derivação diz respeito à conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada (fruits of the poisonous tree), segundo a qual, uma prova que deriva da ilícita também deverá ser reputada ilícita.⁹⁴ Segundo Oliveira “A teoria [...] cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas”⁹⁵

A questão mais complexa é saber quando uma prova, lícita em si mesma, pode ser considerada como *derivada* de outra, ilícita. O art. 157, § 2.º e 3.º do CPP⁹⁶, ao mesmo tempo em que coloca fim a qualquer discussão acerca da aceitação das provas ilícitas por derivação⁹⁷, tenta solucionar o problema. Note-se, entretanto, que o legislador confundiu os conceitos, pois a mencionada “fonte independente” do § 3.º trata da hipótese de descobrimento inevitável.⁹⁸

⁹⁴ MARINONI; ARENHART, **Processo de conhecimento**, p 402.

⁹⁵ OLIVEIRA, Curso de Processo Penal, p. 374.

⁹⁶ § 1.º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º 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. BRASIL, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 abril 2013.

⁹⁷ RANGEL, **Direito processual penal**, p. 477.

⁹⁸ Oliveira, **Curso de processo penal**, p. 375.

Trata-se da primeira exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada. No descobrimento inevitável (*inevitable discovery exception*), segundo as palavras de Marinoni e Arenhart,

[...] se admite que a segunda prova deriva da ilícita, porém se entende que não há razão para reputá-la nula ou ineficaz. *Isso porque a descoberta por ela constatada ocorreria mais cedo ou mais tarde. A lógica do salvamento da segunda prova está em que não há motivo para retirar eficácia de uma prova, que muito provavelmente seria obtida. Dessa forma seria possível dizer que nem todos os frutos da árvore venenosa são proibidos, pois alguns podem ser aproveitados.*⁹⁹

De modo diverso, na teoria da fonte independente há, conforme ensina Oliveira “[...] ausência fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é apenas isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a produção da prova contaminada. Nada mais.”¹⁰⁰ Ora, fonte independente, como se vê, é qualquer segunda prova sem nexos de causalidade com a primeira prova (ilícita), o que significa que o legislador conceituou a verdadeira fonte independente no § 1.º (e não no § 2.º) do art. 157 do CPP. Significa também, por outro lado, que esta verdadeira fonte independente não é sequer uma exceção aos frutos da árvore envenenada, pois não há nexos causal – obviamente, sem nexos causal a prova não pode ser derivada.

Nada obstante as citadas disposições legais, o problema ainda prevalece: quando haverá nexos causal entre uma e outra prova? Poder-se-ia falar, inicialmente, em um nexos causal natural, na esteira do que prescreve o art. 13, caput do Código Penal (CP)¹⁰¹? Esse dispositivo consagra a teoria da equivalência dos resultados (*conditio sine qua non*) e permite visualizar a causa de um resultado pelo método do *juízo hipotético de eliminação*, segundo o qual um *antecedente* será *causa* de um *resultado* sempre que a sua eliminação hipotética redundar também na eliminação

⁹⁹ MARINONI; ARENHART, **Processo de conhecimento**, p. 403-404. (grifos dos autores)

¹⁰⁰ OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 376.

¹⁰¹ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. BRASIL, Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.html>. Acesso em: 02 abr. 2013.

do resultado.¹⁰² Assim, em tema de nexa causal probatório, pode-se testar a pertinência da aplicação desta teoria do seguinte modo: eliminando-se, hipoteticamente, a primeira prova (ilícita) a segunda prova (lícita em si mesma) desaparece ou permanece? Se a segunda prova desaparecer será ilícita.

Essa fórmula pode parecer demasiado simples para verificar a existência de nexa causal no campo probatório. Na própria teoria do delito, por exemplo, existe a conhecida desvantagem de que a equivalência dos resultados leva a pesquisa da causa do crime ao infinito, uma vez que todo e qualquer evento antecedente, ainda que mínimo, pode ser considerado causa de um resultado.¹⁰³ A observação é correta, mas o juízo de tipicidade não se esgota na análise da causalidade. Explicam Zaffaroni e Pierangeli acertadamente que

A sua admissão não acarreta qualquer problema, porque a relevância penal da causalidade encontra-se limitada, dentro da própria categoria do tipo, pelo tipo subjetivo, isto é, pelo querer do resultado. A conduta de Adão, ao comer o fruto proibido, não é típica de todo o CP, porque ele não queria todos os resultados típicos; o pai e a mãe do homicida não queriam a morte da vítima. Simplificando, *dentro de uma teoria do tipo concebida com um aspecto objetivo e um subjetivo, a causalidade pode ser admitida de acordo com a sua realidade, porque por si só não fecha o juízo de tipicidade, restringindo-se a sua relevância típica com o dolo.*¹⁰⁴

Como visto, a equivalência dos resultados encontra limites na responsabilização penal, ainda que possa regressar ao infinito. De modo semelhante, nada impede que também na sistemática da prova penal derivada seja utilizada esta teoria, desde que o interprete saiba que será necessário buscar outros elementos para limitar a incidência – melhor dizendo, minimizar a importância – da equivalência dos antecedentes. Ou seja, basta encontrar limites razoáveis para a *conditio sine qua non*. E precisamente aí, o CPP já oferece um limite bastante razoável no citado art. 157, § 2.º: trata-se, mais uma vez, da exceção de descobrimento inevitável. Portanto, não haverá problema na adoção da equivalência dos resultados, em matéria de prova penal derivada, pois o próprio CPP já oferece

¹⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15 ed., rev. atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 288.

¹⁰³ Ibidem, p. 289.

¹⁰⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; **Manual de direito penal brasileiro v.1**: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007, p. 407-408. (grifos dos autores)

um limite para o juízo de causalidade. No processo penal este limite seria equivalente ao dolo no juízo de tipicidade.

De outro modo, é razoável esquematizar desta maneira o tema da causalidade nas provas ilícitas, pois uma leitura apressada do art. 157, § 1.º e 2.º do CPP pode esvaziar o princípio constitucional de inadmissibilidade de provas ilícitas. No entanto, para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho a reforma no CPP não escapou da inconstitucionalidade:

Não se salva da inconstitucionalidade nem o novo texto do art. 157, o qual aterra no âmbito infraconstitucional a regra do art. 5º, LVI, CR (“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”), tentando explicitar a proibição à prova ilícita, como se para ganhar vida a Constituição fosse preciso uma reforma no CPP, algo muito próprio de um Brasil Profundo em matéria de respeito e aplicação das leis.

Ora, os §§ 1º e 2º, com conceitos indeterminados (o princípio da taxatividade não convive com eles em um espaço democrático porque a CR não deixa), quase acabam com o direito do cidadão, mais uma vez criando-se restrições onde a CR não criou e, pior, deixando a completude delas ao critério do juiz. Afinal, quem, de fato, dirá o que é e quando se dará uma prova derivada de outra ilícita em face do nexo de causalidade” ou quando ela poderia ser obtida por uma fonte independente” (§ 1º).

Não bastasse isto, quando se fala de fonte independente”(quer-se, como na velha jurisprudência dos conceitos, bloquear a interpretação pela definição legal, imaginando ser isto possível ou já se sabia e se fez de propósito?), quem dirá o que são trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, nos termos do § 2º?¹⁰⁵

É verdade que o juiz deverá ter muito cuidado para não violar a inadmissibilidade das provas ilícitas, o que pode ser feito por meio de uma interpretação desatenta do próprio direito fundamental. No entanto, desde que tomados todos os cuidados, não será necessário declarar o juiz a inconstitucionalidade dos dispositivos em comento. O que é restritivo, em termos de direitos fundamentais, deve ser interpretado com igual restrição e, neste ponto, a colocação de Coutinho foi muito feliz, pois lembrou a taxatividade. Deverá o juiz interpretar restritivamente o § 2.º do art. 157 do CPP da mesma maneira que interpreta o alcance dos tipos penais. Aqui, a interpretação restritiva que a

¹⁰⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova**: segue o princípio inquisitivo. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/novo/>>. Acesso em: 23 abr. 2013. (grifo nosso)

taxatividade requer deverá guiar o juiz também na análise das provas ilícitas por derivação.

Concluindo, haverá uma prova ilícita por derivação quando, eliminada hipoteticamente a primeira prova (ilícita), desaparecer também a segunda (lícita em si mesma), e desde que a obtenção dessa última não seja inevitável.

2.4 A exclusão da ilicitude

Inicialmente, parece estranho falar numa suposta “exclusão” da ilicitude, pois dá a entender o caso em que um ato (prova), inicialmente ilícito, convalidou-se de alguma maneira, desvinculando-se, assim, da ilicitude. Seria mais correto, aqui, falar em não-ilicitude, ao invés de “exclusão” de ilicitude.

Para além da observação feita, a exclusão da ilicitude designa, genericamente, o caso em que o acusado obtém, em favor próprio, determinada prova mediante a violação de algum direito.

Diferente é a posição de Fabiana Lemes Zamalloa do Prado que entende que na hipótese em que o acusado obtém prova ilicitamente, incide o princípio da proporcionalidade, em favor do acusado (portanto, *pro reo*).¹⁰⁶

O melhor entendimento para o tratamento da questão é de Oliveira, que faz menção às hipóteses de causas de justificação, constantes no Código Penal. Assim, observa o autor, “quando o agente, atuando movido por algumas das motivações anteriormente mencionadas (causas de justificação), atinge determinada inviolabilidade alheia para o fim de obter prova da inocência, **sua ou de terceiros**, estará afastada a ilicitude da ação.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: Ibccrim, 2006, p. 209-214.

¹⁰⁷ Oliveira, **Curso de processo penal**, p. 383. (grifo nosso)

3 O APROVEITAMENTO DA PROVA ILÍCITA EM DESFAVOR DO ACUSADO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Neste último capítulo será analisada, finalmente, a (im)possibilidade de aproveitar (admitir), em desfavor do acusado (portanto, “pro societate”), a prova ilicitamente obtida, no âmbito do processo penal. Para tanto, o princípio da proporcionalidade, recurso frequentemente utilizado para resolver o conflito entre os direitos do acusado e os direitos tutelados pela norma penal, será sucintamente exposto, inclusive na sua dupla dimensão – proibição de excesso e de proteção insuficiente.

Adverte-se, desde já, que para aplicar adequadamente o princípio da proporcionalidade em matéria de provas ilícitas no processo penal, será necessário tecer algumas considerações críticas acerca dos fundamentos do direito penal – o que será feito em tópico que abordará a denominada teoria agnóstica e negativa da pena e suas consequências em matéria de proporcionalidade. Duas razões explicam este diálogo com o direito penal material.

Em primeiro lugar, e como será visto, o processo penal, ao instrumentalizar o direito penal, acaba ficando refém dos fundamentos deste último, de tal modo que um direito penal (aqui entendido como discurso jurídico-penal) deficiente resultará, inevitavelmente, num processo penal também deficiente. Diante desse risco de instrumentalizar um discurso jurídico-penal carente de sentido ou fundamentação, restariam dois caminhos ao processualista: a) ignorar a discussão em torno dos fundamentos do direito penal material, deixando a tarefa para os penalistas, com o que corre o risco acentuado de teorizar um processo penal assentado sobre falsos/fracos pressupostos (fundamentos); ou b) enfrentar a questão, analisando criticamente os fundamentos da pena e do direito penal, diminuindo consideravelmente o apontado risco.

Em segundo lugar, o princípio da proporcionalidade e a doutrina constitucionalista não oferecem arsenal teórico suficiente para aplicar o referido princípio em matéria processual-penal. Na realidade, ao teorizar sobre a proporcionalidade, a doutrina constitucionalista quase prescindiu dos fundamentos do direito penal (o que não deveria ter feito). Isso é fácil de constatar, pois, ao

discorrer sobre este princípio, fala-se, frequentemente, em tutela penal, sem, entretanto, precisar o que seria essa comentada tutela.

Concluindo, o debate com o direito penal é imprescindível, no presente capítulo, porque o processo penal, ao instrumentalizar o direito penal, acaba ficando refém dos fundamentos desse último e os estudos acerca da proporcionalidade não oferecem material suficiente para aplicar adequadamente o princípio, não obstante a referência, em caráter genérico, à “tutela penal”.

3.1 A inadmissibilidade constitucional e o princípio da proporcionalidade

Diante da redação do art. 5.^o, inc. LVI da CF¹⁰⁸ cabe fazer uma pergunta fundamental: é absoluta ou relativa a inadmissibilidade constitucional das provas obtidas por meios ilícitos? Esta pergunta, se bem respondida, resulta na solução do problema do aproveitamento da prova ilícita em desfavor do acusado. Quanto à prova obtida pelo acusado mediante violação de algum direito, não há sequer necessidade de se preocupar com a questão da relatividade ou não da norma constitucional, pois a prova assim colhida é lícita, como já se demonstrou. O questionamento, portanto, só tem sentido quando uma prova for admitida contra o acusado.

A resposta mais adequada à questão deve levar em conta as especificidades do processo penal, pois a norma constitucional em comento não pode ser interpretada de maneira uniforme pelos diversos ramos do direito processual.

Assim, é preciso inicialmente repetir o argumento, exposto no segundo capítulo, de que a Constituição Federal já fez uma primeira ponderação entre o direito violado pela obtenção da prova e o direito material a ser aplicado. Veja-se que ponderação não foi entre a descoberta da verdade e o direito violado na obtenção da prova, pois a descoberta da verdade não é um fim em si mesmo, dado que apenas importa para efeito de aplicar o direito material.

¹⁰⁸ Art. 5.^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3 e 9.

Importa questionar, na esteira do que Marinoni e Arenhart defendem, se a Constituição Federal admitiria uma nova ponderação, a ser feita no caso concreto pelo juiz.¹⁰⁹ No processo penal, a resposta que os autores dão ao último questionamento é negativa. Explicam eles que

Se o direito à descoberta da verdade está intimamente vinculado à pretensão punitiva estatal, deixando claro que a Constituição preferiu evitar que a atividade estatal fosse exercida de modo abusivo, ainda que alguns criminosos pudessem não ser condenados, **não há dúvida que também ocorreu, diante do processo penal, uma segunda ponderação, preferindo-se o direito de liberdade em face do poder de punir do Estado.**¹¹⁰

Entretanto, no processo civil, como afirmam os autores, por serem diversos os direitos que podem ser afirmados pelo autor da ação, não há como excluir a possibilidade de fazer uma nova ponderação entre os direitos ou interesses em conflito.¹¹¹

Sublinhe-se que essa resposta elimina o argumento de que o princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas comporta restrições – sendo, portanto, absoluto – no processo penal, ao mesmo tempo em que afasta, de imediato, a possibilidade de aproveitar uma prova obtida por meios ilícitos em desfavor do acusado.

Nada obstante a conclusão exposta acima pelos referidos autores será preciso expor a teoria da proporcionalidade, porque ainda resta saber se há conflito entre diferentes direitos fundamentais dignos de proteção, quando uma prova ilícita não é inadmitida em favor do estado acusação e, em caso positivo, quais são esses direitos (ou interesses) em choque. Também falta saber quais seriam os (possíveis) limites para aplicar o princípio, supondo, é claro, que há direitos ou interesses em conflito.

¹⁰⁹ MARINONI; ARENHART, **Processo de conhecimento**, p. 398.

¹¹⁰ Ibidem p. 401. (os grifos em itálico são dos autores e os grifos em negrito são nossos)

¹¹¹ MARINONI; ARENHART, **Processo de conhecimento**, p. 401.

3.2 A proporcionalidade e a teoria agnóstica e negativa da pena

Observou-se no último tópico que há certa suposição de que existem direitos ou interesses conflitantes na aplicação do princípio da proporcionalidade em tema de provas ilícitas no processo penal. É que não há unanimidade no reconhecimento desse conflito de interesses constitucionalmente relevantes.

Adotando como marco teórico a teoria agnóstica e negativa da pena, de Eugênio Raúl Zaffaroni, Fabiana Lemes Zamalloa do Prado apresenta interessante estudo acerca da ponderação de interesses em matéria de provas no processo penal.¹¹² Inicialmente, cabe advertir que a adoção dessa teoria agnóstica tem consequências bastante distintas no campo da proporcionalidade e ponderação de interesses, razão pela qual merece uma breve exposição e contextualização. Breve porque a teoria, ao ser investigada mais a fundo, levaria a um debate vastíssimo, o que extravasaria os limites deste trabalho.

Primeiramente, Zaffaroni parte da distinção entre estado de direito e estado de polícia, ou seja, “[...] entre o modelo de estado no qual um grupo, classe social ou segmento dirigente encarna o saber acerca do que é bom ou possível e sua decisão é lei, e outro, no qual o bom ou o possível é decidido pela maioria, respeitando os direitos das minorias [...]”.¹¹³ Nesse contexto, o poder punitivo constitui uma parte do estado de polícia que sobrevive no estado de direito e – dado seu modelo de seleção de criminalizados e vitimizados, sacrifício de seus operadores, imagem bélica, reprodução de antagonismos sociais e preferência por uma sociedade verticalista disciplinante – é ilegítimo, de modo que as tentativas de racionalização (legitimação) do poder punitivo resultam também na legitimação dos componentes do estado de polícia.¹¹⁴

Desta maneira, Zaffaroni constrói a teoria agnóstica e negativa da pena a partir do fracasso de todas as teorias positivas acerca das funções manifestas da pena.¹¹⁵ As funções *manifestas* são as declaradas pelo estado e frequentemente

¹¹² PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: Ibccrim, 2006.

¹¹³ ZAFFARONI, **Direito penal brasileiro**, p. 93.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 96.

¹¹⁵ ZAFFARONI, **Direito penal brasileiro**, p. 98.

divergem muito das funções *latentes* ou reais, que são aquelas de fato realizadas na sociedade.¹¹⁶ Dessa maneira, pode haver tanto poder estatal com função manifesta não punitiva, mas com função latente (real) punitiva, por exemplo, a institucionalização de crianças e adolescentes infratores, quanto poder eventualmente exercido (função latente) de modo punitivo, a depender de cada caso concreto, por exemplo, a prisão anterior à sentença condenatória – que pode ser utilizada como pena antecipada.¹¹⁷

Dados os estreitos limites deste trabalho não será possível expor todas as teorias legitimantes da pena e do poder punitivo, com as contundentes críticas feitas por Zaffaroni a todas elas.¹¹⁸ Por outro lado, devem-se fazer algumas observações gerais acerca desses discursos (teorias) legitimantes.

Em primeiro lugar, e como observa Salo de Carvalho, ao optarem primeiramente pela busca da resposta ao *por que punir?*, os discursos de legitimação da pena excluíram a pergunta anterior acerca da necessidade mesma da punição, e com isso retirou-se também do discurso penal a análise das teorias críticas e o debate sobre as alternativas ao sistema punitivo e à pena.¹¹⁹

Em segundo lugar, importante notar que da visão conjunta dos discursos legitimadores resulta uma evidente disparidade entre eles, além de escassa solidez fundamentadora e permanente crise dos mesmos, o que demonstra que seria possível racionalizar qualquer função manifesta da pena, tão somente com a escolha do discurso mais apropriado entre os disponíveis.¹²⁰ Com a adoção do discurso mais apropriado, de acordo com as circunstâncias e o momento histórico, o penalista passaria, assim, a buscar explicações “racionalizadoras” (justificadoras) de sua decisão. Tal prática poderia configurar o que Franco Cordero, citado por Salo de Carvalho, chama de *primado das hipóteses sobre os fatos*.¹²¹

Diante de todo esse contexto, Zaffaroni expõe a pena da seguinte maneira:

¹¹⁶ ZAFFARONI, *Direito penal brasileiro*, p. 88.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 88.

¹¹⁸ ZAFFARONI, *Direito penal brasileiro*, p. 114-130.

¹¹⁹ CARVALHO, *Antimanual de criminologia*, p. 131.

¹²⁰ ZAFFARONI, *Direito penal brasileiro*, p. 114.

¹²¹ CORDERO, Franco. *Guida Allá procedura penale*. Torino: Uter, 1986, p. 51 apud CARVALHO, *Antimanual de criminologia*, p. 69.

[...] a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes [...]. Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: **a)** não concebe qualquer função positiva à pena; **b)** é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É *agnóstico* quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la.¹²²

E o conceito agnóstico da pena e a função do direito penal são assim sintetizados pelo autor argentino:

Um conceito negativo ou agnóstico de pena significa reduzi-la a um mero ato de poder que só tem explicação política. [...] O direito penal não tem como tarefa a legitimação de toda a criminalização e menos ainda do conjunto vastíssimo do poder punitivo (negativo ou repressivo, subterrâneo e paralelo, positivo ou configurador), mas sim *legitimar apenas a única coisa que realmente pode programar: as decisões das agências jurídicas*. [...] Portanto, o *único exercício de poder que o direito penal pode programar não deve exceder o âmbito do reduzido poder jurisdicional exercido sobre a criminalização secundária*.¹²³

Ao explicar a teoria em comento, Salo de Carvalho afirma que

A pena, alheia a qualquer fundamentação jurídica e desapegada de qualquer fim nobre, retornaria ao campo da política, representando manifestação concreta de poder. Tal como a guerra (modelo sancionatório nas relações internacionais), a pena representaria resposta sancionatória extrema e cruel, isenta de quaisquer justificativas.¹²⁴

Deste modo, diante da mencionada separação entre estado de direito e estado de polícia, e com o fracasso das teorias legitimantes da pena (que acabariam por legitimar o poder punitivo e, conseqüentemente, o estado de polícia), a função do direito penal, como sistema orientador das decisões judiciais, seria a contenção ou redução do poder punitivo.¹²⁵

Sobre os possíveis fundamentos constitucionais da teoria, Salo de Carvalho anota que, diferentemente do que ocorre com as Constituições italiana e espanhola, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil não responde à

¹²² ZAFFARONI, *Direito penal brasileiro*, p. 99. (grifos do autor)

¹²³ *Ibidem*, p. 108. (grifos do autor)

¹²⁴ CARVALHO, *Antimanual de criminologia*, p. 143.

¹²⁵ ZAFFARONI, *Direito penal brasileiro*, p. 40.

interrogação *por que punir*, senão que apenas apresenta formas de sanção penal e fixa limites punitivos, ou seja, responde tão somente à indagação *como punir?*.¹²⁶

Por sua vez, Fabiana Lemes Zamalloa do Prado – partidária da teoria – pontua a que a teoria agnóstica da pena está em consonância com as escolhas do constituinte de 1988, que optou por um estado democrático de direito fundamentado na dignidade da pessoa humana, o que excluiria, segundo a mesma autora, qualquer discurso legitimante (ou seja, racionalizador) da pena ou do poder punitivo.¹²⁷

Assim, haveria, ao menos em tese, fundamentação constitucional suficiente para sustentar a teoria – advertência essa que não significa, por outro lado, a adoção da teoria no presente trabalho. Trata-se apenas de expor as possibilidades da teoria, tanto em nível doutrinário quanto constitucional.

Conforme se anotou, Fabiana Lemes Zamalloa do Prado adotou como marco teórico a (brevemente) exposta teoria agnóstica e negativa da pena, e concluiu, a partir dela, pela impossibilidade de admitir, em desfavor do acusado (portanto, *pro societate*), uma prova ilicitamente obtida, uma vez que o interesse estatal de punir estaria deslegitimado no estado democrático de direito brasileiro.¹²⁸ A autora, ao sustentar postura agnóstica, chega à conclusão de que não haveria, no processo penal, um verdadeiro choque entre o direito fundamental à liberdade individual e o direito fundamental à segurança social, dado que essa segurança seria apenas um recurso ideológico utilizado para tentar legitimar o poder punitivo.¹²⁹

Para além da discussão sobre os méritos e desacertos da teoria agnóstica e negativa da pena, convém dizer que o debate em torno dela é muito importante, pois toca em ponto fundamental do direito penal – e também do processo penal, ao menos que se pense num processo penal alheio ao direito penal, o que não apenas é absurdo como impossível – qual seja, sua função.

Não se pode perguntar sobre a possibilidade de admitir uma prova ilícita em desfavor do acusado, sem antes perguntar o que a pena realizaria, em termos reais (função latente), em caso de condenação. De modo geral, essa última pergunta não

¹²⁶ CARVALHO, *Antimanual de criminologia*, p. 141.

¹²⁷ PRADO, *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*, p. 105.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 202-204.

¹²⁹ PRADO, *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*, p. 164.

é feita pelos autores, que se limitam a apontar a contradição entre o direito fundamental à liberdade do acusado (interesse que, por vezes, é chamado de “individual”) e o interesse estatal de punir.

Na realidade, todos os autores que admitem essa contradição partem do pressuposto de que a lei penal incriminadora tutela bens jurídicos, pelo que, são partidários do já apontado conceito de bem jurídico penalmente tutelado. Esse conceito de bem jurídico é fatalmente oposto ao também mencionado conceito “limitativo” e, por conseguinte, igualmente se opõe à teoria agnóstica e negativa da pena.

Nada obstante, a teoria agnóstica representa visão nova e propõe discurso de revisão, senão superação, dos velhos conceitos do direito penal e poderia ser trabalhada juntamente com questão do aproveitamento de prova ilícita em desfavor do acusado, no âmbito processual penal, já que o processo, por aplicar o direito material, acaba sendo refém dos fundamentos desse último.

Aliás, diante dessa observação, o processualista tem duas possibilidades: a) ignorar a discussão em torno dos fundamentos do direito penal material, deixando a tarefa para os penalistas, com o que corre o risco de teorizar um processo penal assentado sobre falsos/fracos pressupostos (fundamentos); ou b) enfrentar a questão, analisando criticamente os fundamentos e dialogando com a proposta agnóstica, com o que será possível adotá-la ou refutá-la e, com isto, o mencionado risco será significativamente reduzido – embora nunca eliminado.

Fácil observar que os processualistas têm escolhido, em geral, a segunda opção, correndo o apontado risco de repetir os eventuais erros do direito penal. O erro é evidente, pois somente com o debate sobre os (possíveis) fundamentos da pena e do direito penal o processo penal alcançará verdadeira maturidade. Pouco importará formular um direito processual penal pretensamente garantista, se esse saber instrumentalizar um direito penal assentado sob duvidosos (senão falsos) pressupostos.

Por outro lado, mesmo no direito penal o debate sobre a perspectiva agnóstica é escasso. Impossível saber a real utilidade dessa teoria, se poucos se propõem a discuti-la. Talvez no fundo se queira sustentar um modelo de direito e de processo penal *servil, dócil*, ou até mesmo *pretensamente isento de culpa*. Isento de

culpa porque não se propõe a resolver problemas, não assume papel de modificador do status quo. Eventualmente conhece a realidade, mas não se dispõe a modificá-la. Tal postura cômoda, como é evidente, não é agradável nem para uma teoria agnóstica, nem para uma teoria de direito penal repressivista.

De outra parte, pode parecer, num primeiro momento, que a exposição desses fundamentos ficaria mais bem situada no primeiro capítulo deste trabalho. Entretanto, é neste terceiro capítulo que as funções do direito penal e da pena adquirem mais interesse para o tema da pesquisa, uma vez que o juiz não pode cogitar de admitir uma prova ilicitamente obtida em desfavor do acusado sem saber quais funções, motivações e finalidades tocarão à pena futuramente aplicada. Caso contrário, o juiz, ao proferir sentença condenatória, estaria instrumentalizando uma punição cujo sentido ou razão desconhece. E é exatamente isso que fazem quase todos os autores que admitem a utilização de prova ilícita contra o acusado.

3.3 A dupla face do princípio da proporcionalidade: proibição de excesso e proibição de proteção deficiente

Comentando a crise de efetividade e reconhecimento dos direitos fundamentais de todas as gerações, em decorrência de fatores como a globalização econômica, o avanço tecnológico e a incapacidade estatal de atender às demandas sociais, Ingo Wolfgang Sarlet aponta para a denominada perspectiva jurídico-objetiva de tais direitos (fundamentais).¹³⁰ Essa apontada perspectiva corresponde, segundo o autor, à dimensão positiva dos direitos fundamentais, o que significa que o estado tem o dever de proteger as normas de direitos fundamentais, mediante atuações positivas, estando, portanto, obrigado – além de abster-se de violar, ele mesmo, os direitos fundamentais das pessoas (dimensão negativa dos direitos fundamentais, ou direitos fundamentais como direitos de defesa) – a intervir, tanto

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 09. abr. 2013, p. 08-13.

preventiva quanto repressivamente, nos casos inclusive de agressão oriunda de terceiros particulares.¹³¹ Assim, o autor explica que

a função dos direitos fundamentais não se limita (notadamente no contexto do Estado Democrático de Direito) à sua condição de direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem condições valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição [...]¹³²

Lenio Luiz Streck, do mesmo modo, aduz que

[...] já não se pode falar, nesta altura, de um Estado com tarefas de guardião de “liberdades negativas”, pela simples razão – e nisto consistiu a superação da crise provocada pelo liberalismo – de que o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade nesse duplo viés: *não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também, a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais* (art. 5º, caput, da Constituição do Brasil).¹³³

Esse último autor ainda faz uma importante observação, no sentido de que tais deveres de proteção não se confundem com os direitos econômicos e sociais. Ao contrário, o dever de proteção (Schutzpflicht) atua nos direitos fundamentais de primeira dimensão, ou seja, nas liberdades tracionais.¹³⁴

É neste contexto de dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais (ou direitos fundamentais como deveres de proteção do estado) que se fala na dupla dimensão, ou dupla face, do princípio da proporcionalidade. Explica Sarlet que

Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes - pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam

¹³¹ SARLET, **Constituição e proporcionalidade**, p. 22.

¹³² Idem, **Direitos fundamentais e direito penal**, p. 43.

¹³³ STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do estado (schutzpflicht)**: o lado esquecido do dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/>>. Acesso em: 15 mar. 2013, p. 5. (grifos do autor)

¹³⁴ Ibidem, p. 6.

como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da **proibição de excesso**), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais [...]

Por outro lado, o Estado - também na esfera penal - poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de **proibição de insuficiência** (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).¹³⁵

E continua o mesmo autor aduzindo que

Os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais na esfera jurídico-penal, notadamente no concernente à proteção penal de determinados bens fundamentais, constituem, em linhas gerais, uma das mais relevantes manifestações desta dimensão dos direitos fundamentais. [...] **Tais considerações, por sua vez, remetem-nos diretamente ao princípio (ou postulado, como preferem alguns) da proporcionalidade e às suas aplicações na esfera jurídico-penal.**¹³⁶

A proibição de excesso, conforme leciona Ávila, pode ser enquadrada no exame da proporcionalidade em sentido estrito, desde que seja compreendida como um dever amplo de ponderar bens, valores e princípios, onde a realização de um não pode resultar na eliminação dos outros.¹³⁷

Neste contexto, Eugenio Pacelli de Oliveira defende a possibilidade de aproveitamento, em desfavor do acusado (portanto, “pro societate”), de provas ilicitamente obtidas, argumentando que, eventualmente, a não admissão de tais provas acarretaria proteção deficiente.¹³⁸ É bem verdade que o autor defende que a norma da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente destina-se, prioritariamente, ao estado, no processo penal, dado que este é, em regra, o

¹³⁵ SARLET, **Constituição e proporcionalidade**, p. 24-25. (grifo nosso)

¹³⁶ Idem, **Direitos fundamentais e direito penal**: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos “fundamentalismos” hermenêuticos. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/4-1246972606.PDF>>. Acesso em: 15 mar. 20013, p. 23. (grifo nosso)

¹³⁷ ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 11.

¹³⁸ OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 386-392.

produtor da prova¹³⁹ – e nisso tem razão, pois a norma constitucional do art. 5.º LVI da CF não pode ser lida, no processo penal, da mesma maneira que o é nos demais ramos do direito processual.

Mas a proibição de excesso não pode ser invocada para admitir, contra o acusado, prova obtida por meio ilícito. É que faltam critérios claros para tanto. Falar em restringir o princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos significa, de certa maneira, restringir também o direito violado na obtenção da prova. Nesse sentido, imprescindível saber quais direitos (bens ou interesses) entram em conflito: por exemplo, é o direito de não ser incriminado por uma prova ilícita ou o direito violado pela obtenção da prova que entra em choque com a pretensão punitiva do estado?

Schyrlé Borges de Góes, por exemplo, ao comentar decisão na qual o STF decretou a inadmissibilidade de prova obtida por terceira pessoa, que adentrou em consultório profissional e furtou fotos incriminadoras do acusado¹⁴⁰, entendeu que

¹³⁹ OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 390.

¹⁴⁰ Veja-se a ementa da citada decisão: PROVA ILÍCITA. MATERIAL FOTOGRÁFICO QUE COMPROVARIA A PRÁTICA DELITUOSA (LEI Nº 8.069/90, ART. 241). FOTOS QUE FORAM FURTADAS DO CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DO RÉU E QUE, ENTREGUES À POLÍCIA PELO AUTOR DO FURTO, FORAM UTILIZADAS CONTRA O ACUSADO, PARA INCRIMINÁ-LO. INADMISSIBILIDADE (CF, ART. 5º, LVI). - A cláusula constitucional do *due process of law* encontra, no dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal. - A prova ilícita - por qualificar-se como elemento inidôneo de informação - é repelida pelo ordenamento constitucional, apresentando-se destituída de qualquer grau de eficácia jurídica. **Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído. No contexto do regime constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informação, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política (RTJ 163/682 - RTJ 163/709), mesmo que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508), ou, ainda que não se revele imputável aos agentes estatais o gesto de desrespeito ao sistema normativo, vier ele a ser concretizado por ato de mero particular. Doutrina. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI). CONSULTÓRIO PROFISSIONAL DE CIRURGIÃO-DENTISTA. ESPAÇO PRIVADO SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CP, ART. 150, § 4º, III). NECESSIDADE DE MANDADO JUDICIAL PARA EFEITO DE INGRESSO DOS AGENTES PÚBLICOS. JURISPRUDÊNCIA. DOUTRINA. - Para os fins da proteção constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Carta Política, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende os consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas. - Nenhum agente público pode ingressar no recinto de consultório odontológico, reservado ao exercício da atividade profissional de cirurgião-dentista, sem consentimento deste, exceto nas situações taxativamente previstas na Constituição (art. 5º, XI). A imprescindibilidade da exibição de mandado judicial revelar-se-á providência inafastável, sempre que houver necessidade, durante o período diurno, de proceder-se, no interior do consultório odontológico, a qualquer tipo de perícia ou à apreensão de quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público, sob pena de absoluta ineficácia jurídica da diligência probatória que vier a ser executada em tal local. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. **Recurso****

estavam em conflito o “direito fundamental de proibição da utilização de prova ilícita no processo penal (porquanto produzida com violação aos direitos fundamentais do réu) e, de outro lado, o direito fundamental de garantia à criança, à segurança etc.”.¹⁴¹

Observa-se que a referida pesquisadora mencionou o direito da criança e a segurança, sem explicitar, no entanto, o que seria essa segurança (pública ou jurídica?). Aliás, vê-se que a utilização do “etc.” bem demonstra a dificuldade ao apontar os direitos em conflito. Lembre-se mais uma vez: faltam critérios claros para aplicar a ponderação no processo penal, especialmente no que tange à admissão ou aproveitamento de provas ilícitas contra o acusado.

Oliveira também critica a mesma decisão, pois entende que, no apontado caso, não haveria problema em admitir a prova ilícita para incriminar o acusado, uma vez que, nas palavras do próprio autor, “as lesões, presentes e futuras causadas pela infração criminal eram (e são), a senso comum, imensamente maiores que aquela decorrente da violação do domicílio.”¹⁴² O argumento principal do autor, no entanto, não é esse. Ele argumenta principalmente que, no caso apreciado pelo STF, a prova ilícita poderia ter sido aceita porque foi obtida por particular – terceira pessoa que adentrou no consultório do acusado – e não pelo estado. Com esse argumento, Oliveira reforça seu entendimento (apontado no segundo capítulo deste trabalho) de que há uma função pedagógica no princípio de proscrição das provas ilícitas, a saber, a função de regular a atividade estatal persecutória.¹⁴³

Essa função pedagógica é muito importante, mas ao ser aplicada do modo feito pelo autor impede de saber quando uma prova ilicitamente obtida por terceira pessoa poderia ou não ser aproveitada pelo juiz. O argumento da função pedagógica, portanto, é insuficiente por si só.

Poderá, por outro lado, haver resistência, até mesmo, ao reconhecimento da proibição de proteção insuficiente. É que a compreensão do princípio da proporcionalidade, nos seus aspectos da proibição de excesso e da proibição de

Extraordinário N.º 251.445-GO. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 21 de junho de 2000. Disponível em: <HTTP/WWW.stf.jus.br>. Acesso em: 15 abr. de 2013. (grifo nosso)

¹⁴¹ GOÉS, Schyrle Borges de. **Prova ilícita e princípio da proporcionalidade no processo penal brasileiro.** 2008. 79 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Direito Penal e Processual Penal) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008. Porto Alegre, 2008, p. 66.

¹⁴² OLIVEIRA, **Curso de processo penal**, p. 389.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 389.

proteção deficiente, parte do pressuposto de que a lei penal – notadamente a lei penal incriminadora – e o direito penal têm a função de proteger bens jurídicos – sem essa função seria até mesmo inadequado falar em excesso ou deficiência. Trata-se, portanto, de uma teoria partidária do conceito de bem jurídico penalmente tutelado. Essa observação é fundamental, pois antecede a análise da proporcionalidade.

Neste momento, será necessária uma breve exposição da matéria – afinal, essa questão antecede qualquer discurso em matéria penal. Antes de tudo, imprescindível saber o que se entende por bem jurídico. Segundo Bitencourt, “o bem jurídico pode ser definido como todo valor da vida humana protegido pelo direito”.¹⁴⁴ Zaffaroni, Alagia e Slokar, diferentemente, concebem o bem jurídico como “[...] *relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto*”.¹⁴⁵ Esse último conceito é classificado pelos autores como “limitativo” e distingue-se do conceito “legitimante,” que parte, segundo eles, da falsa premissa de que o direito penal, por meio da individualização de condutas puníveis, tutela bens jurídicos.¹⁴⁶ Nas palavras dos autores,

El *mito* del bien jurídico protegido o tutelado, que se racionaliza con la teoría imperativista del derecho, presupone aceptar la eficacia protectora del poder punitivo consagrada de modo pretendidamente *deductivo*, según el cual, si una norma prohíbe una acción que lo lesiona, es porque lo tutela o protege y, por donde, al no poder prohibir resultados la pena adquiere un sentido policial preventivo. Se trata de una premissa que consiste en un juicio falso: *las normas protegen o tutelam bienes jurídicos*. Este juicio, al verificarse la operatividad del poder punitivo, al menos em la mayoría de los casos, resulta un valor de verdad falso.

2. El concepto legitimante del bien jurídico (bien jurídico tutelado) es producto de una confusión incompatible con el carácter fragmentario de la legislación penal y el carácter sancionador de ésta. En efecto: la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que éstos son creados por la Constitución, el derecho internacional y el resto de la legislación. En esos ámbitos se trata de bienes jurídicos tutelados (por la respectiva norma que lo manifiesta). La ley penal sólo eventualmente individualiza alguna acción que lo afecta de cierto modo particular, pero nunca puede brindarle una tutela amplia o plena, dada su naturaleza fragmentaria y excepcional. El derecho penal recibe el bien jurídico ya tutelado y la norma que se deduce del tipo no hace más que anunciar un castigo para ciertas formas particulares y aisladas de lesión al mismo, incluso cuando lo hace por

¹⁴⁴ BITENCOURT, *Tratado de direito penal*, p. 308.

¹⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 489. (grifos do autor) [...] relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto. (tradução livre)

¹⁴⁶ *Ibidem*. p. 486.

expreso mandato constitucional o internacional. Estos mandatos ordenan la criminalización primaria de algunas acciones que los afectan, pero aunque no lo hiciesen, no por ello dejarían de ser bienes jurídicos.¹⁴⁷

Em consequência, para os referidos autores, este conceito “limitativo” “sirve para exigir como presupuesto del poder punitivo la afectación del bien jurídicamente tutelado por el derecho (constitucional, internacional, civil, etc.)”.¹⁴⁸

Veja-se que a adoção desse conceito excluiria a faceta da proibição de proteção deficiente, uma vez que não haveria para o direito penal ou para a legislação penal a função de proteger bens jurídicos. Sem essa função, evidentemente cairia por terra a pretensão de se valer da proporcionalidade para declarar inconstitucional uma lei penal cuja proteção do bem jurídico fosse insuficiente.

Na realidade, o apontado conceito “limitativo” do bem jurídico nada mais é que uma manifestação da brevemente exposta teoria agnóstica da pena. A exposição dessa teoria foi fundamental, em razão da apontada necessidade de analisar os fundamentos do direito penal. A compreensão destes fundamentos, como anteriormente explicado, é imprescindível para aplicar o princípio da proporcionalidade adequadamente.

Nenhuma prova ilícita pode ser admitida (ou aproveitada) em desfavor do acusado, sob o argumento de ferir o princípio da proporcionalidade na sua dimensão de proibição de proteção deficiente, mas não pela justificativa da adoção de um

¹⁴⁷ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, **Derecho penal**, p. 486-487. (grifos do autor). O mito do bem jurídico protegido ou tutelado, que se racionaliza com a teoria imperativista do direito, pressupõe aceitar a eficácia protetora do poder punitivo consagrada de modo pretensamente dedutivo, segundo a qual, se uma norma proíbe uma ação que a lesiona, é porque o tutela ou protege e, por onde, ao não poder prevenir resultados a pena adquire um caráter policial preventivo. Trata-se de uma premissa que consiste em um juízo falso: as normas tutelam ou protegem bens jurídicos. Este juízo, ao se verificar a operatividade do poder punitivo, ao menos na maioria dos casos, resulta um valor de verdade falso. 2. O conceito legitimante do bem jurídico (bem jurídico tutelado) é produto de uma confusão incompatível com o caráter fragmentário da legislação penal e o caráter sacionador desta. Com efeito: a legislação penal não cria bens jurídicos, senão que estes são criados pela Constituição, o direito internacional e o resto da legislação. Nesses âmbitos se trata de bens jurídicos tutelados (pela respectiva norma que o manifesta). A lei penal apenas eventualmente individualiza alguma ação que o afeta de certo modo particular, mas nunca pode brindar-lhe uma tutela ampla ou plena, dada sua natureza fragmentária e excepcional. O direito penal recebe o bem jurídico já tutelado e norma que se deduz do tipo não faz mais que enunciar um castigo para certas formas de particulares e isoladas de lesão ao mesmo, inclusive quando o faz por expreso mandato constitucional ou internacional. Estes mandados ordenam a criminalização primária de algumas ações que os afetam, mas ainda que não o fizessem, nem por isso deixariam de ser bens jurídicos. (tradução livre)

¹⁴⁸ ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, **Derecho penal**, p. 487. [...] serve para exigir como presupuesto do poder punitivo a afetação do bem jurídicamente tutelado pelo direito (constitucional, internacional, civil, et.). (tradução livre)

conceito “limitativo” do bem jurídico (conceito ligado à concepção agnóstica da pena). O problema principal é a falta de limites claros para aplicação dessa teoria.

3.4 O princípio da proporcionalidade como recurso para aproveitar uma prova ilícita contra o acusado

O que se convencionou chamar de princípio da proporcionalidade, ao menos como técnica, por assim dizer, para resolução de conflitos entre normas, nada mais é que um postulado. Não é uma norma, princípio ou regra, mas sim um postulado normativo. Essa é a lição de Humberto Ávila, para quem, os postulados são “normas estruturantes da aplicação de princípios e regras”¹⁴⁹

Como consequência, como ensina o autor, quando o STF, por exemplo, declarou a inconstitucionalidade de uma lei estadual que obrigava à pesagem de botijões de gás à vista dos consumidores, o que se considerou violado foi a livre iniciativa, que estava em confronto com o direito do consumidor, e não a proporcionalidade.¹⁵⁰ Tal postulado não se confunde com o da ponderação, uma vez que esse último está ligado à ideia de que se deve atribuir uma determinada importância aos valores em discussão, mas nada diz a respeito da maneira como deve ser feita ponderação dos bens.¹⁵¹

Na esteira do que leciona o autor, a proporcionalidade deve ser entendida e aplicada nos casos em que há uma relação entre meio e fim, de maneira que se possa fazer a análise sobre os três (conhecidos) exames: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹⁵²

Dado que o exame de proporcionalidade tem lugar toda vez que houver alguma medida concreta destinada a alcançar uma finalidade, dever-se-á apreciar a possibilidade de que a medida leve à consecução do fim (adequação), de que a medida seja aquela que cause menos restrição aos direitos envolvidos

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 90.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 88.

¹⁵¹ ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p. 116.

¹⁵² *Ibidem*, p. 112.

(necessidade) e de que a finalidade buscada seja tão valorosa que justifique certa restrição (proporcionalidade em sentido estrito).¹⁵³

Trazendo para o tema do uso, no processo penal, de provas ilícitas em desfavor ao acusado, a proporcionalidade ganha contornos dramáticos. Seria necessário fazer um complexo exercício de criatividade para imaginar um caso em que uma prova ilícita favorável à acusação constituiria o meio apto para tutelar o direito por meio da pena ou do direito penal (adequação), além ser a prova menos restritiva entre todas as possíveis (necessidade), e, não bastasse tudo isso, a mesma prova ainda deveria carregar (se for possível utilizar esse termo) uma ilicitude que causasse resultasse na restrição demasiada do direito sacrificado (proporcionalidade em sentido estrito). Em termos práticos, é muito difícil imaginar uma prova assim apresentada para o juiz.

Apesar dessa apontada dificuldade alguns autores pregam pelo aproveitamento, no processo penal, de provas ilícitas favoráveis ao estado-acusação, isto é, contrárias ao acusado. É o caso de Norberto Cláudio Pâncaro Avena que assim sustenta sua posição:

Não se pode radicalizar o uso do princípio da proporcionalidade a ponto de direcioná-lo, unicamente, aos interesses do réu e não permitir, por meio dele, em situações excepcionais e de notório interesse público, também o uso da prova ilícita para segregar o réu e afastá-lo do convívio social¹⁵⁴

Também parece ser esse o entendimento de Fernando Capez ao afirmar que

Quando o conflito se estabelecer entre a garantia do sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos por nossa Constituição, o juiz, utilizando seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores envolvidos.¹⁵⁵

Note-se que esses últimos autores não estabelecem critérios precisos para aplicar a proporcionalidade. Aliás, cabe aqui a prudente advertência de Aury Lopes Jr., que chama atenção para o fato de que

¹⁵³ ÁVILA, **Teoria dos princípios**, p.114.

¹⁵⁴ Avena, **Processo penal para concursos públicos**, p. 218.

¹⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 354.

O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do *interesse público x interesse privado*, para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da prevalência do interesse público...¹⁵⁶

Além da falta de critérios, acrescenta-se o referido reducionismo, que quase coloca o direito de liberdade (isto quando não o faz expressamente) na categoria de “interesse individual”.

¹⁵⁶ Lopes Jr. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p.550.

CONCLUSÃO

Diante das hipóteses apresentadas ao longo da pesquisa, analisadas sempre do modo mais crítico possível e levando em conta a apontada especificidade do processo penal – dado que instrumentaliza o direito penal e, assim, habilita a pena (punição) – o resultado alcançado foi a impossibilidade absoluta de o juiz utilizar, no processo penal, o princípio da proporcionalidade para aproveitar, contra o acusado, uma prova ilícita.

Como visto, a grande maioria dos autores que defende a possibilidade de utilizar a proporcionalidade em matéria de provas penais ilícitas desfavoráveis ao acusado, não conseguiu passar do argumento de que todos os direitos podem ser restringidos de acordo com o caso concreto. Não lograram passar, portanto, do casuísmo. Deve-se ressaltar que o trabalho, ao procurar estabelecer contornos gerais sobre o tema, intentou simplesmente responder a pergunta sobre a possibilidade de aproveitar uma prova ilícita “pro societate” por meio da proporcionalidade. Assim, apenas se a resposta fosse positiva seria então possível passar para análise do casuísmo.

Mas o principal e mais forte argumento lançado contra a utilização da proporcionalidade foi o de que a Constituição Federal já realizou a ponderação entre a pretensão punitiva e o direito violado pela obtenção ilícita de prova. Nesse sentido, não há como pensar que o legislador constituinte originário pudesse ter olvidado que no processo penal a pretensão é sempre a mesma (punitiva), ao contrário do que ocorre com o processo civil, onde pode o autor da ação afirmar os mais diversos direitos, dependendo do caso concreto.

Com efeito, segundo esse último argumento é impossível tolerar o uso de uma prova ilícita contra o acusado, porque a segunda ponderação entre direitos ou interesses só é admissível no processo civil. O legislador constituinte sequer poderia ter pensado em todas as situações de direito material que o processo civil abarca. No processo penal, ao contrário, é lícito afirmar que não há situações de direito material tão diversas que justifiquem uma nova ponderação, a ser feita pelo juiz no caso concreto.

Lembre-se, ainda, da circunstância, apontada no segundo capítulo, de que é necessário reconhecer uma função pedagógica no princípio da proibição de provas ilícitas, uma vez que é o estado, por meio de seus órgãos, o principal encarregado da produção probatória no processo penal. Portanto, caberia perguntar, nessa linha, se o estado está dando eficácia ao apontado princípio constitucional. Embora o trabalho não tenha realizado uma pesquisa de campo para bem responder a indagação, a resposta deve ser negativa. Mesmo que fosse aceitável o uso de uma prova ilícita contrária aos interesses do acusado, parece que o estado democrático de direito brasileiro ainda não atingiu maturidade suficiente para admitir exceção a um direito tão elementar da pessoa humana acusada.

Por outro lado, e embora não referido ao longo do desenvolvimento do trabalho, é necessário aqui lançar o argumento de que a mera admissão da possibilidade de aproveitar provas ilícitas “pro societate” resultaria na violação reflexa do princípio constitucional da presunção de inocência (ou estado de inocência): ao fazer uso de uma prova ilícita, o juiz confessaria de imediato a culpabilidade do acusado. Ora, uma vez que a tese da proporcionalidade “pro societate” só admite aplicação em casos considerados extremos (crimes graves, por exemplo), o juiz só poderia aplicá-la se reconhecesse que o acusado tomou parte dos fatos delituosos articulados na denúncia. Nesse caso, o uso da prova ilícita apenas serviria para confirmar a conclusão antecipada do juiz. Ele apenas buscaria um meio para justificar racionalmente sua decisão.

Quanto à hipótese apresentada com base na teoria agnóstica e negativa da pena, convém afirmar que ela parece bastante controversa, pois não é fácil sustentar uma teoria que negue completamente a legitimidade da pena, dada sua ineficácia nos mais diversos sentidos. Na realidade, a ineficácia da pena não é uma certeza, senão uma dúvida no direito penal. Muito difícil conceber que, dada a duvidosa eficácia da pena, seria possível negá-la como componente do estado democrático de direito.

Para além da discussão sobre a procedência da teoria agnóstica, foi acertada a conclusão de que haveria um falso conflito na invocação da proporcionalidade, uma vez que a adoção da mencionada teoria acarretaria, conseqüentemente, a deslegitimação da punição dentro do estado de direito. Com isso não haveria um direito de punir, mas apenas um poder político deslegitimado. Portanto, dentro dos

limites da própria teoria agnóstica (e para aqueles que a adotam) seria inconcebível que se aceitasse a tese da possibilidade de admitir (ou aproveitar) provas ilícitas contra o acusado.

Por fim, o presente trabalho de conclusão de curso proporcionou, em razão do resultado da pesquisa, a reafirmação do princípio constitucional da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente. Assim, pode-se afirmar, com absoluta tranquilidade, que o trabalho reforçou a Constituição Federal da República do Brasil, e contribuiu, conseqüentemente, para a consolidação do estado democrático de direito e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal para concursos públicos**. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15 ed., rev. atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa Brasil de 05 de outubro de 1988**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 350, de 9 de junho de 2008. Veta, parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei nº 4.205, de 2001 (nº 37/07 no Senado Federal), que “Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências”. In: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Msg/Vep/VEP-0339-05.htm>. Acesso em: 15 mar. 2013.

BRASIL. Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 19 out. 2012.

BRASIL, Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.html>. Acesso em: 02 abr. 2013.

BRASIL, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 11 out. 2012.

BRASIL. Lei N.º 5.869, De 11 De Janeiro DE 1973. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 12 Jan. 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Nº 214.163 - DF**. Rel. Min. Assusete Magalhães. Brasília, DF, 16 de abr. 2013. Disponível em: <[HTTP://www.stj.jus.br/](http://www.stj.jus.br/)>. Acesso em: 13 mar. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 112446 / SP**. Primeira Turma. Relatora Min. Rosa Weber. Brasília, 8 de maio de 2012. Disponível em <[HTTP://WWW.stf.jus.br](http://WWW.stf.jus.br)> Acesso em: 18 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. **Recurso Extraordinário N.º 251.445-GO**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 21 de junho de 2000. Disponível em: <[HTTP://WWW.stf.jus.br](http://WWW.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 abr. de 2013.

- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CORDERO, Franco. **Guida Allá procedura penale**. Torino: Uter, 1986.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: **Revista de Estudos Criminais (01)**. Porto Alegre: ITEC/Notadez, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/novo/>>. Acesso em: 23 abr. 2013.
- GARRAUD, R. **Précis de droit criminel**, 18. ed. Paris: Librairie de La Société Du Recueil Général des lois e arrêts, 1903.
- GOÉS, Schyrle Borges de. **Prova ilícita e princípio da proporcionalidade no processo penal brasileiro**. 2008. 79 f. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Direito Penal e Processual Penal) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008. Porto Alegre, 2008.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRINOVER, Ada Pelegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. vol. 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NOBILI, Maximo. **Il principio del libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 1974.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. rev. ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal**. São Paulo: Ibccrim, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18. ed. Rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Apelação Crime n. 70052298718**, da 8.^a Câmara Criminal. Relator Des. Danúbio Edon Franco. Porto Alegre, 27 de março de 2013. Disponível em: <[HTTP://WWW.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em: 15 abr. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, **Apelação Crime n. 70053099834**, da 5.^a Câmara Criminal. Relator Des. Francesco Conti. Porto Alegre, 10 de março de 2013. Disponível em: <[HTTP://WWW.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)> Acesso em: 18 abr. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, **Recurso em Sentido Estrito n. 70051277176**, da 3.^a Câmara Criminal. Relator Des. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 13 de dezembro de 2012. Disponível em: <[HTTP://WWW.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)> Acesso em 18 abr. 2013.

ROMAGNOSI, G.D. Cenni sul sistema della convinzione intima e delle prove legali e sul calcolo degli indizii. In: GIORGIO (Org.) **Opere di G. D. Romagnosi**. Milano: Perelli e Mariani, 1842, v. IV, p. 963-68.

ROXIN, Claus. **Por uma proibição de valorar a prova nos casos de omissão do dever de informação qualificada**: reflexões sobre a decisão do 4.^o Senado do Bundesgerichtshof (BGHSt, 53, p. 112 e ss.). Revista liberdades, São Paulo: Ibccrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 04, maio-agosto, 2010. Disponível em: <[HTTP://www.ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br)>. Acesso em: 12 nov. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade**: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 09 abr. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito penal**: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos “fundamentalismos” hermenêuticos. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/4-1246972606.PDF>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do estado (schutzpflicht)**: o lado esquecido do dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes”? Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. et. al. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; **Manual de direito penal brasileiro v.1**: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.