

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

MURIEL AMARAL JACOB

**O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL: LIMITES À SUA EVOCAÇÃO
COMO FUNDAMENTO DO PROCESSO PENAL MODERNO**

MARÍLIA
2015

MURIEL AMARAL JACOB

O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL: LIMITES À SUA EVOCAÇÃO COMO
FUNDAMENTO DO PROCESSO PENAL MODERNO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Jairo José Gênova

MARÍLIA
2015

MURIEL AMARAL JACOB

O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL: LIMITES À SUA EVOCÇÃO COMO
FUNDAMENTO DO PROCESSO PENAL MODERNO

Banca Examinadora de Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Resultado: _____

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Jairo José Genova

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

Marília, 26 de fevereiro de 2015.

Aos meus pais Marcos e Valdete.
Ao meu companheiro Vitor Castro.
À minha irmã Vanessa.
A todos os amigos que escolhi para fazer parte da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelas oportunidades que tem me dado de testemunhar o amor que tem por mim e pelas pessoas que me rodeiam.

Ao mestre Jairo José Genova, pelos ensinamentos que jamais serão esquecidos.

Aos amigos do mestrado, pela troca de ensinamentos que levarei gravados em meu coração, em especial aos companheiros de viagem Elisabeth, Denise, Rilker, Christiano e Giovani.

À Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, por ter me proporcionado a oportunidade de adquirir mais conhecimentos e propagá-los pelas minhas aulas no curso de Direito da Unidade de Paranaíba.

Aos meus companheiros de trabalho do escritório de Advocacia e da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (Unidade de Paranaíba), em especial ao mestre Isael José Santana, pelo incentivo, apoio e carinho no transcorrer desta etapa da minha vida.

Agradeço, ainda, à minha família pela compreensão nas horas de ausência e pela dedicação e auxílio na conquista do título de mestre.

Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado. Cada um me contou a narrativa de por que se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou as suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham toda a razão. Não era que um via uma coisa e outro outra, ou um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um critério idêntico ao do outro. Mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade.

(Fernando Pessoa)

JACOB, Muriel Amaral. **O princípio da verdade real:** limites à sua evocação como fundamento do Direito Processual Penal moderno. 2014. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo analisar o instituto da prova no Direito Processual Penal, com enfoque crítico do princípio processual penal, que é a tão aclamada busca da verdade real, partindo de uma análise sobre o que se denomina filosoficamente “verdade” para adentrar na seara da verdade processual, conforme adotado em nosso ordenamento jurídico: o dogma de que somente por meio da prova faça submergir o pressuposto que fundamenta a condenação. O estado democrático de direito exige que sejam perseguidos e alcançados os direitos fundamentais. A pesquisa bibliográfica e documental foi realizada pelo procedimento de natureza hermenêutica com análise e interpretação de textos normativos e doutrinários, na linha de pesquisa Críticas aos fundamentos da dogmática jurídica. Assim, pode-se aferir que o Estado/juiz, por meio do magistrado, precisa formar uma convicção para aplicar a reprimenda e é por meio do processo penal constitucional democrático, com todo seu procedimento e garantias atribuídas ao acusado, que será possível a prolação de uma decisão pautada na Justiça. No entanto, quando se tem espaço à subjetividade, que vai desde a questão da verdade a ser analisada do fato ocorrido no passado, assim como as defesas sobre a possibilidade da utilização de procedimentos que tiveram suas origens na ilicitude, fundando uma “verdade” foram objetos deste trabalho. Assim ficou demonstrado a impossibilidade de se alcançar a verdade real, seja pela total impossibilidade de reconstrução do fato passado, seja pelos próprios óbices que a legislação impõe, tal como a vedação da utilização das provas obtidas ilicitamente. Ao final refuta-se, impetuosamente, a utilização da expressão verdade real, defendendo que um processo em que não é possível se obtê-la, não deve trazê-la expresso em sua legislação, nem ser utilizado pelo ordenamento jurídico, como fundamento de garantia ao acusado.

Palavras-chave: Processo Penal. Prova. Princípio Processual Penal. Verdade Real.

JACOB, Muriel Amaral. **The principle of real truth:** Limits to its evocation as the foundation of modern criminal procedure. 2014. 125 f. Dissertation (Master' sdegree in Law) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2015.

ABSTRACT

The present dissertation aims to examine the institution of proof in Criminal Procedure Law, with critical focus of criminal procedural principle, which is the highly acclaimed search for the real truth, from an analysis of what is called philosophically “true” for the adentar harvest of true procedural, as adopted in our legal system: the dogma that only through trial do submerge the assumption underlying the conviction. The democratic rule of law requires that they be pursued and achieved fundamental rights. The bibliographic and documentary research was conducted by the hermeneutic nature procedure with analysis and interpretation of normative and doctrinal texts in the line of research reviews the fundamentals of legal doctrine. Thus we might infer that the state / judge, by the magistrate, must form a belief to apply the reprimand and is through the democratic constitutional criminal procedure, with all its procedures and safeguards guaranteed to the accused to be possible the delivery of a decision guided in court. However, when you have space to subjectivity, ranging from the question of fact to be analyzed from the fact occurred in the past, as well as the defenses on the possibility of using procedures that had their origins in illegality, founding a “truth” were objects of this work. Thus demonstrated the impossibility of achieving the real truth, is the utter impossibility of reconstruction of past fact, or, whether by the obstacles imposed by the legislation, such as the prohibition of the use of evidence obtained unlawfully. Finally, the authors refute, fiery, use of the term real truth, arguing that a process where you can not obtain it, should not bring it expressed in its legislation or be used by the legal system as the basis of the guarantee accused.

Keywords: Criminal Procedure. Proof. Principle of Criminal Procedure. Real truth.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 NORMA E PRINCÍPIOS	12
1.1 Evolução do Direito	12
1.2 Normas Jurídicas	22
1.3 Princípios e Regras Jurídicas: critérios para distinção	27
1.4 Princípios Constitucionais do Processo Penal	35
1.4.1 Sistemas processuais penais	35
1.4.2 Principais princípios constitucionais relacionados ao tema	43
2 PROVAS	58
2.1 Conceito	58
2.2 Meio de Prova	61
2.3 Objeto da Prova	62
2.4 A Distribuição do Ônus da Prova e a Iniciativa Probatória do Juiz	64
2.5 Princípios que Informam a Atividade Probatória	68
2.6 Provas Ilícitas e Ilegítimas	70
2.7 O Princípio da Proporcionalidade e as Provas Ilícitas	80
3 A VERDADE NO PROCESSO PENAL	88
3.1 A Atividade Probatória como Alcance da Verdade	88
3.2 A Verdade Real	91
3.3 Valoração da Prova	93
3.4 Conceito de Verdade	96
3.5 A Verdade como Finalidade do Processo	106
CONSIDERAÇÕES FINAIS	115
REFERÊNCIAS	118

INTRODUÇÃO

A presente dissertação faz uma análise do instituto da prova no Direito Processual Penal, sob uma premissa crítica do princípio processual penal da busca da verdade real, em que, mediante uma reflexão dos conceitos de prova, verdade e processo, se tentará desvendar se a “busca da verdade real” é, realmente, tarefa impossível de se alcançar e se constatada pela sua impossibilidade, enfatizar quais são as implicações em nosso ordenamento jurídico. Desse modo, o objetivo principal é examinar se é possível se falar em verdade real no processo penal. Essa verdade é passível de ser encontrada?

Sendo assim, o enfoque é dado em determinar o que é filosoficamente entendido como verdade, a fim de definir o que é verdade processual, e como ela se realiza na esfera do processo. Nesse ponto, o estudo dos temas mencionados objetiva investigar se há “verdades” e se as mesmas garantem os princípios constitucionais e, em decorrência, os direitos humanos.

A pretensão é contribuir com uma reflexão crítica da dogmática que tem tratado o tema como subliminar, sendo que, diante da proposta, o que se pode determinar é a certeza para condenação e não a subjetividade que é amparada por outros valores como, por exemplo, a “impressão” formada pelo magistrado. Neste sentido, o presente trabalho pretende trazer uma contribuição, a fim de aprofundar o conhecimento sobre o tema abordado, levantando questionamentos sobre o posicionamento do legislador e apresentando críticas construtivas, tudo para aprimorar o debate acadêmico no campo do Direito Processual Penal.

Do mesmo modo, o assunto é atual por excelência e constantemente debatido pelos órgãos jurisdicionais e pela doutrina especializada, pois a problemática envolve ramos distintos do direito, como constitucional, penal e processo penal, além do campo da dogmática e filosofia jurídica.

O tema tratado é relevante para a área de conhecimento científico à qual o trabalho está vinculado, tornando imprescindível uma ampla e merecida discussão porque trata de um assunto que envolve os direitos fundamentais do indivíduo. Desse modo, a análise conjunta desses fatores encaminhará a uma abordagem teórica e jurídica, do ponto de vista humanístico, demonstrando a importância do contínuo estudo do tema para o aprimoramento do Direito.

A escolha do tema se deu em função da convivência com a tormentosa questão da verdade real, no processo penal, por meio da advocacia e atuação junto ao Núcleo de Práticas Jurídicas, sobretudo quando da realização das audiências de instrução e julgamento, momento processual em que são colhidas as provas.

A procura pela verdade dos fatos sobre determinado acontecimento delituoso é de ímpar importância para a verificação da responsabilidade do agente e a consequente imposição de uma sanção penal, tendo em vista ser a liberdade do indivíduo o direito que está em risco de ser limitado.

Sendo assim, para se alcançar uma decisão justa no processo penal, é necessária a colheita de todos os elementos hábeis, aptos a demonstrar e recriar determinado fato delituoso cometido no passado, sem limitações e de forma mais ampla possível. Por isso vigora no Direito Processual Penal o princípio da verdade real, em que o Juiz não deve se contentar com as provas trazidas pelas partes para obtenção da verdade, podendo requisitar produção de provas de ofício, tendo em vista o bem jurídico que está em jogo: a liberdade do cidadão, aliás, esse seria o argumento que justificaria a atuação do juiz dentro do processo.

No primeiro capítulo, faz-se uma necessária e breve digressão da distinção entre regras (normas) e princípios para a moderna sistemática jurídica, com a conceituação do termo direito e as teorias que influenciam a definição e entendimento do mesmo. Assim, são analisadas as correntes positivistas e pós-positivistas para o Direito e sua conceituação. Nesse diapasão, denota-se que sistema jurídico, tomando-se por base a visão pós-positivista, é visto não somente a partir da lei, da regra. Os princípios, a valoração, passam a integrar o direito.

Nessa perspectiva, ao se analisar a prova (e sua grande importância na esfera penal, na medida em que pode retirar a liberdade do cidadão), em busca da verdade no processo penal, cabe enfatizar o quanto o atual entendimento do direito (pós-positivismo) interfere na interpretação e aplicação do princípio da verdade.

Posteriormente, fala-se sobre os princípios constitucionais informadores do processo penal brasileiro, explicitando os principais, de uma maneira geral e sucinta. No entanto, necessário foi, primeiramente, analisar os sistemas processuais penais, brevemente, elegendo o sistema adotado pelo Brasil a fim de contextualizar os princípios processuais penais.

O segundo capítulo trata das provas no processo penal. A necessidade da prova, de forma geral, se impõe em razão da natureza humana, eis que condizente a determinado fato, a dúvida é algo comum, tendo em vista que a ausência de conhecimento deste fato leva à negação da certeza. Neste sentido, a prova tem a finalidade de aplacar esta incerteza ou, ao menos, aumentar a probabilidade da existência deste fato, conforme narrado por alguém.

Daí a importância da prova para o processo penal. O objetivo é trazer ao processo penal a certeza de um fato coadunando-se com a realidade do fato, ao menos para fins de condenação penal. Assim, foi trazido à baila o conceito e o objeto da prova, como é feita a distribuição de seu ônus, e se é lícito ao Juiz a iniciativa probatória. Foi traçado, também, o

conceito e a diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas, apontando suas principais correntes, a fim de se estabelecer, também, alguns motivos de ordem legal que podem dificultar na obtenção da verdade real.

Já o terceiro capítulo aborda a verdade, bem como, trata da possibilidade ou impossibilidade de se reproduzir no processo a verdade real e em que medida a verdade histórica seria capaz de suprir este dogma, além, claro, dos efeitos deste princípio na prova e no respeito ou desrespeito ao sistema acusatório.

A pesquisa consistiu na utilização de fontes bibliográficas, referentes a doutrinas, jurisprudências e artigos.

1 NORMA E PRINCÍPIOS

1.1 Evolução do Direito

A fim de compreender a relevância da distinção entre regras (normas) e princípios para a moderna sistemática jurídica, é necessária uma breve digressão do tema, introduzindo o primeiro capítulo com a conceituação de direito, com as teorias que influenciam a definição e o entendimento do mesmo.

O Dicionário de Filosofia explica que conceito, “[...] para Hegel é um terceiro termo entre o ser e o dever, entre o imediato e a reflexão, de modo que no seu processo dialéctico (universalidade, particularidade, individualidade) se manifesta não só o desenvolvimento do ser lógico, mas também o do ser real” (MORA, 2001, p. 501).

O esclarecimento proposto por Hegel acerca do que seja conceituar algo é pertinente para se analisar o conceito do direito e como a percepção lógica do direito (positivismo) e a real (não positivista) se contrapõe, praticamente, desde o momento em que passou a querer dar ao direito um status científico.

Pode-se afirmar, a teor do que aduz Robert Alexy (2009, p. 3), que “o principal problema na polêmica acerca do direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista”. Interessante, pois, transcrever as considerações do Professor Miguel Reale (2012, p. 41), no seu clássico *Lições Preliminares de Direito*:

Encontramo-nos, agora, diante de um dos problemas mais difíceis e também dos mais belos da Filosofia Jurídica, o da diferença entre a Moral e o Direito [...]. Nesta matéria devemos lembrar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las [...]. Muitas são as teorias sobre as relações entre o Direito e a Moral, mas é possível limitar-nos a alguns pontos de referência essenciais, inclusive pelo papel que desempenharam no processo histórico.

Para Aristóteles (1969, p. 92), “a assunção de tal diferenciação é válida na medida em que o primeiro (o direito) se contenta com o cumprimento do ato justo, e o segundo (a justiça) exige, além do cumprimento das coisas justas, pleno conhecimento e adesão de vontade, como toda virtude”. A questão era, de certa maneira, tida como, tranquila, clara, eis que enquanto a Ética preferia cumprimento da virtude, ou seja, do caminho do reto, o Direito partia pelo caminho do cumprimento da norma.

Dimitri Dimoulis (2003, p. 107) resume o assunto, demonstrando que há cinco teses sobre esta relação, a saber:

- a) os mandamentos jurídicos e morais coincidem (tese da identidade);
- b) as regras jurídicas constituem o núcleo das regras morais (o direito como mínimo ético);
- c) as regras morais constituem o núcleo do direito que compreende muitas normas moralmente indiferentes (a moral como mínimo jurídico);
- d) as regras jurídicas são aparentadas com as morais, sendo impossível criar e interpretar o direito sem levar em consideração a moral (tese da conexão);
- e) entre ambos os ordenamentos há plena e absoluta separação (tese da separação).

Num esforço de explicitar melhor o tema abordado, há que se elucidar, previamente, de forma sucinta – eis que não é o objeto da pesquisa – a evolução da ética-moral e do Direito. Destarte, a alternativa é a de centrar a discussão na passagem do século XIX, o denominado “século da moral”, nas palavras de Henrique de Lima Vaz (2002, p. 69), para o século XX.

De acordo com o referido autor, a Ética é tratada em grandes correntes, a saber: as naturalistas, resultando do positivismo, sem olvidar Bergson e sua *Lebensphilosophie*; as historicistas, derivando do culturalismo, aí abarcadas suas linhas hermenêutica “(Dilthey, Heidegger, Gadamer e Paul Ricoeur), fenomenológica (Husserl e Max Scheler) e existencialista (Kierkegaard, Jaspers e Sartre); e, por fim, a desconstrutivista, decorrente de Nietzsche e do niilismo em geral, assim como de Freud e sua psicologia” (VAZ, 2002, p. 143).

O surgimento e o desenvolvimento da noção de sociedade política possui relação com a formação da ciência do *ethos*. “A matriz conceptual é representada aqui pela ideia de lei (*nómos*), que deve permitir o estabelecimento de uma proporção ou correspondência (*analogía*) entre a lei ou medida (*métron*) interior, que rege a *práxis* do indivíduo, e a lei da cidade” (VAZ, 2002, p. 206). Além disso, deve garantir a participação equitativa (*eunomia*) dos indivíduos no bem comum, destarte, é a partir da inter-relação entre o indivíduo e a sociedade que a ética deve se demonstrar.

Deste modo, a ideia da sociedade política defronta-se com o problema do poder como fato social fundamental, decorrente do próprio pacto – social – que une os indivíduos em sociedade, tendo em vista que “a associação do poder com a força é, por sua vez, um fato universal e natural, e a força se exprime primeiramente como violência” (VAZ, 2002, p. 206). Neste sentido, a sociedade política tem a intenção de desvincular a necessidade de vinculação do exercício do poder com a força ou com a violência e assumir o poder, legitimando-o no âmbito do direito.

O tema da gênese e concepção do Direito, forma da sociedade política, está desta sorte intrinsecamente ligado à concepção do homem que dá razão desses direitos – que são, por excelência, direitos humanos –, dominante na sociedade em que tais direitos são reconhecidos se não efetivamente respeitados. Há, assim, uma antropologia política fundamental que, em formas diversas, acompanha a história já relativamente longa das sociedades políticas do Ocidente. Desde a chamada “cosmonomia” do Direito arcaico na Grécia até o conflito dos humanismos ou mesmo às tendências anti-humanistas que refletem a crise das sociedades políticas contemporâneas, estamos diante de uma sucessão de concepções do homem, cuja função histórico-ideológica, explicitada na intenção dos pensadores que as formularam ou interpretaram, define-se justamente como tarefa teórica, ora de crítica ora de justificação, da própria prática política, ou seja, do tipo de relação entre o poder e o direito reconhecida na sociedade. (VAZ, 2002, p. 207-208).

Portanto, Henrique Cláudio de Lima Vaz (2002), ao estudar a relação entre direito e ética, pressupõe um motivo antropológico, ou seja, o fundamento da organização da cidade antiga e a edificação do Estado Moderno é o homem. Assim, a sociedade moderna deve dar uma resposta à relação entre direito e ética, eis que o sistema não deve ser mecânico, mas a liberdade do homem deve prevalecer, uma vez que ele é o portador do *ethos*, de maneira que o direito deve manter esta relação.

O querer que se manifesta no direito não é lógico ou tão somente psicológico,

[...] mas um querer deontológico, expressão de fins que nascem do reconhecimento de valores como razão da conduta social [...] o direito é dever-ser que se projeta necessariamente no plano da experiência concreta, para que caiba o seu a cada um dos membros da comunidade e a comunidade mesma. (REALE, 2002, p. 706).

Assim o é ante ao fato de que entra na realidade jurídica tudo o que disser respeito à realidade humana, enquanto existente a intersubjetividade, a relação social.

Cabe, pois, ao direito garantir uma ordem de “coexistência, segundo um sentido de totalidade, ordem essa que é bem social ou bem comum, isto é, objetivação da justiça nos limites das circunstâncias histórico-sociais: o bem comum é, por tal motivo, a medida histórica da justiça” (REALE, 2002, p. 707). Essa relação do sujeito, do indivíduo, com a coletividade, com a sociedade deve ser de tal modo que garanta a harmônica convivência social.

Em razão de tal finalidade, elucidada Miguel Reale que a doutrina explica ser o direito obrigatório, heterônomo, coercível, formalmente predeterminado, entre outros aspectos. A coação liga-se ao dever-ser do direito, assim, entendida como “exigência axiológica do Direito, a coação pulsa de força ética, quer ao tornar efetivos, graças a processos vários, os

resultados que normalmente derivariam da conduta espontânea do obrigado [...] quer ao impor ao transgressor uma pena retributiva do mal” (REALE, 2002, p. 708). A função, pois, da coação, coloca o violador da norma em consonância consigo mesmo, com o seu “eu” em harmonia – ou desarmonia – com o nós, a coletividade. É, na verdade, a eticidade objetiva do direito.

Em face disto, o direito é visto como uma espécie de moral objetiva ou um mínimo ético “expressão dúbia que parece olvidar a funcionalidade essencial que existe entre o mundo moral e o jurídico. O direito não poderá ser jamais sopra do naufrágio dos valores morais, ainda que seja para garantir à sociedade uma desoladora sobrevivência” (REALE, 2002, p. 709). Esta funcionalidade deriva também da predeterminação do direito, já que não existe, na esfera moral, uma elucidação formal das regras, assim como ocorre no mundo jurídico.

A moral, fundada na espontaneidade e insuscetível de coação, pode dispensar a rigorosa tipicidade de seus imperativos que, aliás, não devem, por sua natureza, se desdobrar em comandos casuísticos. O direito, ao contrário, disciplinando e discriminando “classes de ações possíveis”, deve fazê-lo com rigor, numa ordenação a mais possível lúcida de categorias e modelos normativos, não passando de contraposição abstrata a que é feita, por exemplo, por Viehweg, entre saber problemático e saber sistemático, excluído este do campo do Direito. (REALE, 2002, p. 710).

Assim, enquanto a moral se destina à plenitude do ser pessoal, o direito tem como escopo realizar a “Justiça, não em si e por si, mas como condição de realização ordenada dos demais valores, o que nos levou, certa feita, a apontá-lo como ‘valor franciscano’, cuja valia consiste em permitir que os demais valores jurídicos valham, como base no valor da pessoa humana” (REALE, 2002, p. 713).

A teoria que vigora, conforme se pode perceber, é a “esposada pelo jurista inglês Jeremy Bentham e pelo insigne jurista alemão Jellinek, denominada ‘teoria do mínimo ético’, não é possível que o direito afronte a moral, mas deve tanto quanto possível conformar-se com ela” (ROQUE, 2006, p. 18). Há que se enfatizar que não fosse assim, o direito jamais conseguiria manter a paz social e a estabilidade das instituições, eis que ao ser, jamais se sujeitaria a normas que não fosse condizente com a moral reinante.

Todavia, apenas o reconhecimento do direito institucionalizado, ou seja, como vontade do Estado, o denominado direito positivo, passou a ser questionado pelo homem, impelido por sentimento de justiça, ante a ideia de que direitos precederiam o próprio Estado, e “de acordo com sua visão sobre a ordem natural das coisas” busca “encontrar a legitimidade

das normas que são impostas” (NADER, 2014, p. 373). Assim, a ideia do direito natural, do jusnaturalismo, que não se satisfaz apenas com a existência de um direito institucionalizado.

Chama-se jusnaturalismo a corrente de pensamento que reúne todas as ideias que surgiram, no correr da história, em torno do Direito Natural, sob diferentes orientações. Durante esse longo tempo, o Direito Natural passou por altos e baixos, por fases de grande prestígio e por períodos críticos. Na metade do século XX, após haver enfrentado uma rigorosa crítica, trazida pelos ventos frios do positivismo e devido também aos excessos de seus próprios adeptos, reacendeu, no espírito dos juristas, o entusiasmo pelo Direito Natural, que hoje se encontra no apogeu, na fase que a História da Filosofia do Direito registra como a de seu renascimento (NADER, 2014, p. 374).

O conceito de direito natural parte da conjectura de que todo ser é portador de uma natureza e de um fim. A natureza se caracteriza pelas propriedades que compõem o ser e define o fim a que este tende a realizar. Por tal razão, a sociedade se organiza com o intuito de proteger as potências humanas, garantindo que elas se desenvolvam, isto seria o direito positivo. Não obstante isso, o direito natural – a palavra natural significa algo não criado – indica uma “ordem de princípios não criada pelo homem e que expressa algo espontâneo, revelado pela própria natureza” (NADER, 2014, p. 374), havendo, segundo a concepção do direito natural, um direito preexistente, independente do Estado e de sua institucionalização.

Todavia, a percepção do direito natural é criticada especialmente a partir da inspiração de Comte, colocando-se de maneira antagônica ao direito natural, neste ponto “estabeleceu-se a maior e definitiva cisão na área da Filosofia do Direito, porque, enquanto o jusnaturalismo preconizava uma outra ordem jurídica além da estabelecida pelo Estado, o positivismo reconhecia como Direito apenas o positivo” (NADER, 2014, p. 379). Com efeito, a metafísica do direito natural era incompatível com o pensamento positivista, daí a origem da ruptura.

O jusnaturalismo, inobstante tenha contribuído para as revoluções liberais, foi colocado à margem, mormente com a ascensão do positivismo jurídico (BARROSO, 2011).

As correntes positivistas pugnam por um direito desvinculado da moral. De fato, “o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais” (BOBBIO, 1995, p. 135).

Norberto Bobbio (1995) elucida que a característica fundamental da ciência é justamente ser desprovida de valor, é a sua avaloratividade, consistindo não em juízos de valor, mas juízos de fato. Assim, impossível seria tratar o direito como ciência se o seu conteúdo, seu conceito tivesse elementos de ordem moral.

A distinção entre juízo de fato e de valor é que o primeiro, segundo Bobbio representaria uma tomada de ciência dos fatos, tendo em vista que a formulação de tal ponderação tem apenas o intuito de informar e comunicar a um terceiro o que foi constatado. Já o segundo seria uma “[...] tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas” (BOBBIO, 1995, p. 135), de tal maneira que se valorize apenas os fatos concretos, a realidade passível de observação, esta é a proposição do positivismo, a qual foi aplicada ao direito.

A partir destas premissas, seria possível transcrever diversos conceitos de direito de matriz positivista, mas o autor que melhor resumiu este pensamento foi Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, “por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito” (KELSEN, 2003, p. 46).

Assim, ao conceito positivista do direito restam apenas dois elementos de definição: o da legalidade conforme o ordenamento ou dotada de autoridade e o da eficácia social. As numerosas variantes do positivismo jurídico resultam das distintas interpretações e ponderações desses dois elementos de definição. Todas elas têm em comum o fato de considerarem que o que é direito depende exclusivamente do que é estabelecido e/ou eficaz. Uma correção quanto ao conteúdo, seja de que natureza for, não tem nenhuma importância. (ALEXY, 2009, p. 4).

Destarte, o conteúdo da norma não tem importância, para a corrente de pensamento positivista, desde que não tenha cunho moral, subjetivo.

Nesta vertente de pensamento, Hans Kelsen (2003, p. 45) conceitua o direito como um “ordenamento normativo coativo”, o qual possui validade numa norma fundamental pressuposta, de acordo com a qual se deve seguir uma constituição efetivamente estabelecida, universalmente eficaz e, por consequência, às normas efetivamente postas conforme essa constituição e também eficazes.

Há, então, o entendimento de que o positivismo jurídico é o meio de garantir aos cidadãos o conhecimento e o cumprimento de todos os seus direitos: “[...] se é verdade que o garantismo coincide com a forma de tutela dos direitos vitais dos cidadãos que se realiza historicamente por meio de sua positivação no Estado de direito, tal não é concebível fora do horizonte teórico do positivismo jurídico” (FERRAJOLI, 2006, p. 800).

Contudo, a ideia acima proposta, embora pareça simples, é dotada de complexidade, isto em razão do paradigma de vigência e validade da norma jurídica.

A afirmação, que de Bentham até Kelsen forma o postulado teórico do juspositivismo, da existência de uma obrigação jurídica do juiz de aplicar as leis vigentes. [...] é evidente que esta tese, ao menos nos Estados de direito dotados de Constituição rígida, não é de todo verdadeira: quando as leis vigentes são suspeitas de invalidade, não existe nem sequer para os juízes – aliás menos ainda para os juízes – uma obrigação jurídica de aplicá-las. O que significa de fato que uma lei existe ou está em vigor? Significa apenas que está expressa por um texto legislativo não anulado e pode ser portanto aplicada mediante providências válidas relativamente a ela. Mas isto não tolhe que ela possa ainda não ser aplicada, toda vez que o juiz a considere inválida. (FERRAJOLI, 2006, p. 805).

Ocorre que a idealização do positivismo de que “[...] os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis independentes da vontade e a da ação humana” (BARROSO, 2011, p. 261) se viu incompleta, até mesmo ao direito, conforme passagem acima transcrita, ao juiz caberia a declaração de invalidade, ainda que uma lei fosse vigente.

Explica Paulo Nader (2014, p. 385) “que o positivismo jurídico, que atingiu o seu apogeu no início do século XX, é hoje uma teoria em franca decadência. Surgiu em um período crítico da história do Direito Natural, durou enquanto foi novidade e entrou em declínio”, especialmente quando se passou a conhecer as consequências do positivismo. Isso porque, com a ótica das ciências da natureza, limitou demasiadamente o campo de análise e observação, reduzindo, por conseguinte, o significado da pessoa humana e o alcance do próprio direito.

Luís Roberto Barroso (2011, p. 261), ao dissertar acerca do declínio do positivismo jurídico, aduz que, inobstante os movimentos filosóficos influentes, pode ser associado à derrota do fascismo, na Itália, e do nazismo, na Alemanha, eis que esses “[...] movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente”.

A utilização do direito para fundamentar regimes tão contrários à existência e à ética humana, fundamenta-se na visão que o positivismo tinha da justiça, tida como um ideal irracional e inatingível, “por considerá-la um ideal irracional, acessível apenas pelas vias da emoção, o positivismo se omite em relação aos valores” (NADER, 2014, p. 386).

A partir da superação do jusnaturalismo e do juspositivismo nova reflexão acerca do direito se pôs ao mundo, referente a questionamentos sobre a função social e sua interpretação, “[...] o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e da igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2011, p. 264).

Decisões flagrantemente apartadas da justiça, como as que permearam o facismo e o nazismo, não mais poderiam ser aceitas. A sociedade percebeu que, “se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei [...], o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos” (MARMELSTEIN, 2008, p. 10). Com isso, cria-se um ambiente propício à transformação; juntamente com o neoconstitucionalismo, surge um novo pensamento jusfilosófico: o pós-positivismo ou não-positivismo. (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 111).

A nova concepção do direito passa a observar além do que é proposto pela lei. Há a percepção de que a interpretação e os aspectos valorativos devem ser observados e que a ética não deve estar totalmente apartada do direito e, sobretudo, que o direito e a lei não são unos.

Para as teorias não positivistas, há a vinculação da moral no conceito de direito, “[...] esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais [...] não se exclui do conceito de direito os elementos de legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social” (ALEXY, 2009, p. 4). Para os não positivistas, por conseguinte, além dos juízos de fato, o conceito deve conter os de valor, ou seja, os morais. Contudo, entendido como metafísico e não científico.

Barroso (2011) explicita que a doutrina pós-positivista tem inspiração na revalorização da razão prática¹, na teoria da justiça e na legitimação democrática. “Busca ir além da

¹ A razão prática é o complemento necessário da razão teórica. Enquanto esta permite ao sujeito (epistêmico) conhecer as leis que regem o mundo da natureza, incluindo as leis do cosmos, do mundo orgânico e inorgânico, a razão prática pura desvenda as leis do mundo social, regido pela vontade e liberdade dos homens. O mundo da natureza representa para Kant o reino da necessidade, contingência, determinação. O mundo social ou a sociedade, o reino da liberdade, do possível, da indeterminação. Cidadão dos dois mundos, o homem tem a faculdade de conhecer o primeiro (reconstruindo e desvendando as suas leis) e de agir no segundo (formulando as leis sociais que devem regê-lo). O mundo da natureza representa o Sein, cuja finalidade escapa à vontade humana. O mundo social é o mundo do Sollen, cuja finalidade é definida pela vontade humana, motivo pelo qual ele constitui o sistema dos fins (System der Zwecke). No primeiro, o ser, valem os julgamentos científicos; no mundo do dever ser ou dos fins, valem os julgamentos morais. A questão da moralidade somente surge em decorrência dessa “indeterminação” do dever ser ou do mundo social, onde os homens têm a liberdade de fazer valer as suas vontades, fixar os seus próprios objetivos ou fins. É por isso que nesse mundo a ação dos homens pode ser julgada segundo os critérios do bem e do mal, do certo e do errado, do justo e do injusto. Os critérios do julgamento encontram-se arraigados na razão prática pura; seu instrumento privilegiado é, como vimos, o “imperativo categórico”. Este se resume na seguinte sentença: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral.” [...] Para Kant, a condição da possibilidade da moralidade é o sujeito. Trata-se de um sujeito livre, disposto a agir segundo certos princípios (máximas), concretizando fins autodeterminados. Este sujeito é dotado de vontade e razão. É o sujeito moral do “imperativo categórico”. Suas faculdades se concretizarão na formulação e no respeito de uma lei geral e necessária que tem como valor último e supremo a defesa da dignidade humana. A questão da moralidade em Kant resume-se, pois, em três postulados: existe um sujeito moral; ele é dotado de vontade e razão; e é capaz de legislar para o mundo dos costumes (sociedade) em defesa da dignidade do homem. Kant forneceu, assim, todos os conceitos necessários para pensar em termos contemporâneos a questão da moralidade. Ao distinguir entre razão prática e razão teórica, deixou claro que a razão prática age no livre mundo do fazer (Machbarkeit) – a sociedade – e que a razão teórica reconhece um mundo determinado – a natureza. O sujeito epistêmico complementa o sujeito moral; a ciência é necessária para sobreviver na natureza, amoralidade é necessária para constituir a sociedade. Cidadão dos dois mundos (o natural e o social), o homem precisa defender-se no primeiro e afirmar-se no segundo (KANT, 2004, p. 59).

legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas” (BARROSO, 2011, p. 271).

Neste mesmo sentido, Bauman (2010, p. 19) afirma que “se, de um ponto de vista moderno, o relativismo era um problema com que lidar e afinal superar na teoria e na prática, do ponto de vista pós-moderno, a relatividade do conhecimento (isto é, sua ‘inserção’ na própria tradição sustentada em comum) é um traço duradouro do mundo²“. A pós-modernidade é uma desconstrução de tudo aquilo que é moderno e, como consequência, as próprias ideias do positivismo.

Assim, o foco central da filosofia do direito não é mais a verificação de qual das teorias passadas deve prevalecer. O que se busca atualmente são as bases de uma nova teoria: o pós-positivismo. As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como: a) a abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição; b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; c) a Constituição passa a ser o locus principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica. (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 113).

O sistema jurídico, a partir da visão pós-positivista, é visto não somente com base na lei, da regra. Os princípios, a valoração, passam a integrar o direito. Neste sentido, não só a regra é normativa, mas, também os princípios passam a ser vistos com força normativa.

² Bauman (2010, p. 17) também faz a seguinte diferenciação entre a modernidade e a pós-modernidade: “A oposição entre modernidade e pós-modernidade foi empregada aqui a serviço da teorização dos três últimos séculos da história europeia ocidental (ou da história dominada pela Europa Ocidental), vistos da perspectiva da práxis intelectual. Esta prática é que pode ser moderna ou pós-moderna; a dominância de um ou outro dos dois mundos (sem exclusividade) distingue modernidade e pós-modernidade como períodos da história intelectual. Mesmo que a ideia de modernidade e pós-modernidade como períodos históricos sucessivos seja considerada duvidosa (quando se aponta, com acerto, que as duas práticas coexistem, embora em proporção variável, no interior de cada uma das eras, e que só é possível falar de domínio de um outro padrão como tendência), a distinção entre elas ainda é útil, nem que seja como ‘tipos ideais’; na verdade, essa distinção avança um pouco no sentido de revelar a essência das controvérsias intelectuais correntes e a extensão das estratégias intelectuais disponíveis. [...] A visão tipicamente moderna do mundo é a de uma totalidade em essência ordenada; a presença de um padrão desigual de distribuição de probabilidades possibilita um tipo de explicação dos fatos que – se correta – é, ao mesmo tempo, uma ferramenta de predição e (se os recursos exigidos estiverem disponíveis) de controle. Esse controle (‘domínio da natureza’, ‘planejamento’ ou ‘desenho’ da sociedade) é quase de imediato associado à ação de ordenamento, compreendida como a manipulação de probabilidades (tornando alguns eventos mais prováveis, outros menos prováveis). Sua efetividade depende da adequação do conhecimento à ordem ‘natural’. Tal conhecimento adequado é, em princípio alcançável. O mesmo autor refere que: “A visão pós-moderna do mundo é, em princípio, a de um número ilimitado de modelos de ordem, cada qual gerado por um conjunto relativamente autônomo de práticas. A ordem não precede as práticas e, por conseguinte, não pode servir como medida externa de sua validade. Cada qual dos muitos modelos de ordem só faz sentido em termo das práticas que os validam. Em cada caso, a validação introduz critérios que são desenvolvidos no interior de uma tradição particular; eles são sustentados pelos hábitos e crenças de uma ‘comunidade de significados’ e não admitem outros testes de legitimidade” (BAUMAN, 2010, p. 17-19).

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização de valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento da normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética. (BARROSO, 2011, p. 271-272).

Esta nova perspectiva do direito, ainda em construção e não isenta de críticas³ influenciou no constitucionalismo. No denominado neoconstitucionalismo, há a migração do plano ético para o jurídico, “[...] os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípio, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente” (BARROSO, 2011, p. 272).

Nesse sentido, a análise dos direitos e garantias fundamentais do réu será feita com base no Instituto das Provas, no sentido da comprovação ou não de sua culpabilidade, especificamente sob a ótica do princípio da verdade real, como forma de assegurar uma das principais garantias do cidadão, qual seja, seu direito à liberdade.

Conforme se denota, a importância deste esboço introdutório no presente capítulo é salutar, já que ao se analisar a prova e sua grande importância na esfera penal, na medida em que pode retirar a liberdade do cidadão – direito essencial da pessoa humana, de acordo com Immanuel Kant (KANT, 1988)⁴ – em busca da verdade no processo penal, cabe enfatizar o quanto o atual entendimento do direito (pós-positivismo) interfere na interpretação e aplicação do princípio da verdade.

O papel dos princípios, portanto, transcende a mera análise que se acostumou fazer nas Faculdades, pressupondo-se um conhecimento que se não tem, de regra; e a categoria acaba solta, desgarrada, com uma característica assaz interessante: os operadores do direito sabem da sua importância mas, não raro, não têm preciso o seu sentido, o que dificulta sobremaneira o manejo. O problema maior, neste passo, é seu efeito alienante, altamente perigoso quando em jogo estão valores fundamentais como a vida, só para ter-se um exemplo. Por conta disso é que se mostra

³ “A importância do direito moderno – vale dizer, da ética, da legalidade – está em que a legalidade é o último instrumento de defesa das classes subalternas, dos oprimidos. Estou a escrever este texto para fazer a sua defesa, a defesa da legalidade, do direito positivo. Apenas na afirmação da legalidade e do direito positivo a sociedade encontrará segurança, e os humildes, a proteção e a garantia de seus direitos no modo de produção social dominantes. Repito-o: vamos à Faculdade de Direito aprender direito; justiça e com a religião, a filosofia, a história” (GRAU, 2013, p. 20).

⁴ Liberdade para Kant (1988, p. 75): “Ninguém pode me constranger a ser feliz a sua maneira (como ele concebe o bem estar dos outros homens), as a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parecer boa, contanto que não cause dano à liberdade dos outros (isto é, ao direito de outrem) aspirarem a um semelhante, que pode coexistir com a liberdade de cada um, segundo uma lei universal possível”.

feliz a assertiva lançada por Jorge de Figueiredo Dias: ‘são estes <<princípios gerais do processo penal>> que dão sentido à multidão das normas, orientação ao legislador e permitem à dogmática não apenas <<explicar>>, mas verdadeiramente compreender os problemas do direito processual e caminhar com segurança ao encontro da sua solução’. (COUTINHO, 2000, p. 5).

No desenrolar do processo penal, é necessário que haja a observância dos direitos e princípios fundamentais do cidadão. Já que o Estado assumiu para si o direito e o dever de tutelar os bens jurídicos, livrando-os da autotutela, da vingança particular e o dever de punir àqueles que infringem as regras penais, o mesmo Estado deve garantir, por meio da figura do Juiz (dentro do processo penal) que se assegure a aplicação dos direitos e garantias fundamentais do acusado, previstas mais especificamente, na Constituição Federal.

Sendo assim, as linhas mestras do Processo Penal estão tratadas na Constituição Federal, que estabelece os princípios que devem ser seguidos para que se possa, efetivamente, ser o processo um instrumento da aplicação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Assim é o que diz o estudioso José Cirilo Vargas (1992, p. 67), para quem “o processo é que assegura a efetivação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, quando violados, com base nas linhas principiológicas traçadas pela Constituição”.

1.2 Normas Jurídicas

Compreender a norma jurídica é uma das tarefas mais importantes e ao mesmo tempo complexa do cientista do direito, eis que ela influencia no comportamento humano, mas se diferencia, por exemplo, da norma moral. Neste sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003) aduz que, com a finalidade de identificar o direito, a ciência dogmática contemporânea visualiza no conceito de norma uma ferramenta operacional imprescindível para realizar tal tarefa.

Para aqueles que defendem, a exemplo de Miguel Reale (2002, p. 93) que “a ciência do Direito tem por objeto a experiência social na medida em que esta é disciplinada por certos esquemas ou modelos de organização e de conduta que denominamos normas ou regras jurídicas”. As regras são a própria expressão do direito, ou seja, a norma é um elemento constitutivo do Direito.

Hans Kelsen (2003) chegou a ver, na norma, a noção e o objeto central, para não afirmar exclusivo, de toda a ciência do direito. “Em sua obra Teoria Pura do Direito, Kelsen afirma que os comportamentos humanos só são conhecidos mediatamente pelo cientista do direito, isto é, enquanto regulados por normas” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 93).

Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o carácter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o carácter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo norma o se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem. Dizemos que se dirigem intencionalmente à conduta de outrem não só quando, em conformidade com o seu sentido, prescrevem (comandam) essa conduta, mas também quando a permitem e, especialmente, quando conferem o poder de a realizar, isto é, quando a outrem é atribuído um determinado poder, especialmente o poder de ele próprio estabelecer normas. Tais atos são – entendidos neste sentido – atos de vontade. Quando um indivíduo, através de qualquer ato, exprime a vontade de que um outro indivíduo se conduza de determinada maneira, quando ordena ou permite esta conduta ou confere o poder de a realizar, o sentido do seu ato não pode enunciar-se ou descrever-se dizendo que o outro se conduzirá dessa maneira, mas somente dizendo que o outro se deverá conduzir dessa maneira. Aquele que ordena ou confere o poder de agir, quer, aquela quem o comando é dirigido, ou a quem a autorização ou o poder de agir é conferido, deve. (KELSEN, 2003, p. 5).

Ao analisar as proposições de Kelsen, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003) explica que os comportamentos humanos, são fenômenos empíricos, observáveis, portanto, perceptíveis pelos sentidos, e que expressam um significado. Este significado tem um aspecto subjetivo e objetivo. O primeiro varia de acordo com a intenção de quem pratica o comportamento, todavia, ao observar o contexto, o significado objetivo é constituído por uma norma.

É claro que as normas, como esquemas doadores de significado, podem manifestar uma objetividade relativa: o que é norma para um ou para um grupo pode não ser norma para outro. O significado do objetivo geral é obtido por normas jurídicas. São elas o objetivo e o princípio delimitador das ocupações teóricas do jurista. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 94).

Entre as objeções que a formulação de Kelsen acima descrita sofreu, “a principal decorre de questão metodológica: como isolar a norma jurídica das intenções subjetivas que a acompanham?” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 93), ou seja, dos condicionamentos sociais, constituídos de fenômenos empíricos dotados de significados dependentes de outros?

Kelsen responde que o aspecto subjetivo da norma deve ser desconsiderado, sendo direito apenas aquilo que for correspondente ao aspecto objetivo da norma. Contudo, o problema se demonstra na maneira como se dá esta descrição. Então, qual o critério para se

observar o aspecto objetivo e subjetivo? Nesse sentido, “Kelsen afirma que ele se localiza sempre em alguma outra norma, da qual a primeira depende. O jurista deve, assim, caminhar de norma em norma, até chegar a uma última, que é a primeira de todas, a norma fundamental, fechando-se assim o circuito” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 94).

Outra objeção que a teoria de Kelsen sofre é de que ela é restritiva demais, restringindo o direito, empobrecendo-o.

Além disso, debater sobre norma jurídica é tarefa árdua. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003) aduz que a tarefa não é dogmática, mas zetética, pertence à filosofia do direito e comporta várias digressões.

A questão sobre e o que seja a norma jurídica e se o direito pode ser concebido como um conjunto de normas não é dogmática, mas zetética. É uma questão aberta, típica da filosofia jurídica, que nos levaria a indagações infinitas, sobre pressupostos e pressupostos dos pressupostos. Sendo uma questão zetética, ela não se fecha. As teorias filosóficas fornecem explicações sobre ela, mas o tema continua renovadamente em aberto: a norma é um comando ou um simples diretivo? Uma regra de organização? A sanção faz parte de sua constituição ou trata-se de elemento aleatório que apenas aparece. Quando a norma é violada? (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 94).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003) explicita que a maior parte dos juristas vê a norma como uma proposição de dever-ser, ou seja, promulgada a norma, ela passa a ter vida própria, de acordo com o sistema de normas no qual está inserida. Assim, “a norma jurídica é sempre redutível a um juízo ou proposição hipotética, na qual se prevê um fato (F) ao qual se liga uma consequência (C)” (REALE, 2002, p. 93).

Os estudiosos do direito, além disso, também, observam as normas como prescrições, isto é, “[...] como atos de uma vontade impositiva que estabelece disciplina para a conduta, abstração feita de qualquer resistência” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 95). Ou seja, a norma, igualmente na norma como proposição hipotética, se expressa pelo dever-ser, há um impositivo da vontade.

Na verdade, para o reconhecimento da prescrição como norma jurídica, essa vontade é decisiva, posto que vontade sem qualidades prescritoras (inabilitada, ilegítima, sem autoridade, sem força) não produzirá norma. Normas são, assim, imperativos ou comandos de uma vontade institucionalizada, isto é, apta a comandar. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 95).

Por último, o já citado autor explica que existe a possibilidade de apreciar a norma como um “[...] fenômeno complexo que envolve não só a vontade de seu comando, mas

também diferentes situações estabelecidas entre partes que se comunicam. Nesse caso, a norma é vista como comunicação, isto é, troca de mensagens entre seres humanos” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 95). Há uma relação entre os comunicadores, subordinação e coordenação e o modo de comunicar determina tal relação.

Para a análise da norma como comunicação, torna-se importante não só a mensagem (proposição), não só as qualidades do prescritor, mas também a identificação dos sujeitos, seu modo de reação às prescrições, sua própria qualificação como sujeito. Tomada como um complexo comunicativo, a norma torna-se o centro de uma série de problemas: a determinação da vontade normativa (teoria das fontes do direito), a determinação dos sujeitos normativos (teoria dos direitos subjetivos, capacidade, competência, responsabilidade), a determinação das mensagens normativas (teoria das obrigações, das permissões, das faculdades, das proibições normativas) etc. (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 95).

Assim, vendo a norma como proposição, prescrição ou comunicação, ao estabelecer normativamente as relações sociais, com a finalidade de compor, resolver os conflitos sociais, o fenômeno jurídico manifestar-se-á como um dever-ser de conduta “[...] um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio do qual os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder etc.” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 96).

É neste sentido que Miguel Reale defende que a norma possui estrutura trivalente, se há um complexo fático (F), cuja base é necessária à existência da hipótese, haverá uma consequência (C), essa consequência busca atingir um objetivo, “[...] realizando-se algo valioso, ou impedindo a ocorrência de valores negativos” (REALE, 2002, p. 103).

Por conseguinte, a forma da regra jurídica é inseparável dos fatos e de seus objetivos axiológicos, “fato, valor e forma lógica compõe-se, em suma, de maneira complementar, dando-nos, em sua plenitude, a estrutura lógico-fático-axiológica da norma de direito” (REALE, 2002, p. 103).

Quando, pois, dizemos que o Direito se atualiza como fato, valor e norma, é preciso tomar estas palavras significando, respectivamente, os momentos de referência fática, axiológica e lógica que marcam o *processo* da experiência jurídica, o terceiro momento representando a composição superadora dos outros dois, nele e por ele absorvidos e integrados. [...] O certo é que, enquanto que para um adepto do formalismo jurídico a norma jurídica se reduz a uma “proposição lógica”, para nós, como para os que se alinham numa compreensão concreta do Direito, a norma jurídica, não obstante a sua estrutura lógica, assinala “o momento de integração de uma classe de fatos

segundo uma ordem de valores”, e não pode ser compreendida sem referência a esses dois fatores, que ela dialeticamente integra em si e supera. (REALE, 2002, p. 104).

Com base nas premissas acima descritas interessa ponderar que “[...] normas não são textos, nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (ÁVILA, 2006, p. 30).

Daí a razão pela qual, hodiernamente, as normas são construídas pelo intérprete “a partir de dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto [...] mas construídas pelo intérprete” (ÁVILA, 2006, p. 34).

Assim, ao tratar de norma jurídica não se está falando exclusivamente de regras, já que com a construção pós-positivista os princípios também possuem força normativa, razão pela qual, qualificar uma norma como regra ou princípio vai depender da colaboração do intérprete. Com efeito, “a ótica neopositivista passou a considerar que os sistemas jurídicos não são apenas compostos por regras, mas, também, por princípios, normas dotadas de grande abstração, anteriores ao próprio direito posto, o que dotou o direito de maior adaptabilidade às exigências da realidade” (CALIL, 2012, p. 85).

Por fim, cabe consignar que lei e norma jurídica não se confundem, Lourival Vilanova (1976, p. 113) ajuda a identificar a distinção:

A norma jurídica, reduzida à proposição em sentido lógico, tem uma forma. Gramaticalmente, a linguagem do direito positivo exprime a norma em multiforme variedade. E, nem sempre está a proposição normativa em toda a sua integridade num só artigo de lei ou decreto; nem sempre toda uma norma se encontra presente num dispositivo da Constituição ou de um estatuto de ente público ou privado.

As normas consideradas em si mesmas são como “entes teóricos”, provenientes da congruência do sistema jurídico em sua totalidade, resultado de todo o emaranhado jurídico – leis, jurisprudência, costumes etc. Já a lei é a forma pela qual essa norma pode se expressar, decorrente do direito positivo e visualizável na forma de comunicação, é como o veículo da norma.

Desta feita, após essas considerações, a seguir, será realizado um breve estudo, diferenciando regras de princípios.

1.3 Princípios e Regras Jurídicas: critérios para distinção

Inobstante a diferenciação entre princípios e regras não seja questão atual, uma vez que vários autores já enfrentaram esta temática, é indubitável que o debate ganhou ênfase com os estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, com as obras *Taking Rights Seriously* (Levando os Direitos a Sério), de 1977 e *Theorie der Grundrechte* (Teoria dos Direitos Fundamentais), de 1984, respectivamente.

A distinção entre regras e princípios não é nova. Mas, a despeito de sua longevidade e de sua utilização frequente, a seu respeito imperam a falta de clareza e polêmica. Há uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos, a delimitação em relação a outras coisas – como os valores – é obscura e a terminologia vacilante. Com frequência, não são regra e princípio, mas norma e princípio ou norma e máxima que são contrapostos. (ALEXY, 2011, p. 87).

Ronald Dworkin (2002) explica, na obra *Levando os Direitos a Sério*, que a distinção entre regras e princípios deve ser realizada com base em casos práticos, casos que não teriam solução, de acordo com ele, se adotássemos métodos clássicos de interpretação de regras.

A diferença entre princípios jurídicos e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou é inválida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (DWORKIN, 2002, p. 39).

Importante ponderar que a teoria defendida por R. Dworkin, ou seja, a teoria dos princípios é o ponto principal que aproxima o pensamento de Alexy ao dele (CEZNE, 2005) Com isso, Alexy assume a diferenciação entre regras e princípios posta por Dworkin como mote, a partir do qual racionaliza uma teoria para os direitos fundamentais:

A enunciação de regras e princípios realizada por Dworkin é aceita por Alexy, que parte dessa teorização e procura sofisticá-la. O referido autor destaca a importância da diferença entre normas do tipo regra, e normas do tipo princípio, considerando-a como um marco de uma teoria normativa dos direitos fundamentais, e um ponto de partida para responder à pergunta acerca das possibilidades e limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. (CEZNE, 2005, p. 54).

Além disso, como explicitado no tópico anterior, “[...] aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser” (ALEXY, 2011, p. 87). Assim, a fim de manter a estrutura lógica da pesquisa, seguir-se-á a diferenciação proposta por Robert Alexy.

Apesar disso, há de se ponderar que as primeiras diferenciações abalizavam para uma distinção entre princípios e normas e não como espécies de normas (ESSER, 1956).

Neste sentido, Josef Esser (1956, p. 65) aduz que “um princípio jurídico não é um preceito jurídico, nem uma norma jurídica em sentido técnico, porquanto não contém nenhuma instrução vinculante de tipo imediato para um determinado campo de questões”. Diferentemente da classificação defendida nesta pesquisa – a de que os princípios são um tipo de norma jurídica –, o autor entende que “os princípios jurídicos são conteúdo em oposição à forma” (ESSER, 1956, p. 65).

Todavia, conforme se pode concluir, o critério aqui adotado é o de que os princípios são espécies de normas. Cumpre, então, realizar a distinção entre regras e princípios de acordo com o pensamento de Alexy.

Antes de adentrar à distinção traçada por Robert Alexy, cumpre informar que, tradicionalmente, a distinção era realizada com base nas características da generalidade e abstração não levando em consideração as de aspectos qualitativos.

Neste sentido, sustenta Alexy (2011) que o critério que mais é utilizado para realizar a distinção é o da generalidade. De acordo com ele, princípios são normas com elevado grau de generalidade, enquanto o das regras é baixo. Explica o autor que são identificáveis três teses, diversas entre si, acerca da distinção entre regras e princípios.

A primeira entende que a tentativa de diferenciar as normas em duas categorias, quais sejam, as regras e os princípios, certamente fracassará, pois, pelos critérios expostos (generalidade/abstração), não seria impossível conceber uma norma que seja altamente geral, não aplicável de pronto e não foi estabelecida expressamente. E, apesar disso, “[...] tenha um notório conteúdo axiológico e uma relação íntima com a ideia de direito, seja importantíssima para a ordem jurídica, forneça razões para regras e possa ser usada como um critério para avaliações de critérios jurídicos” (ALEXY, 2011, p. 88).

Há de se salientar que os critérios de generalidade e os da abstração são, há muito, usados para definir norma jurídica, considerados, pois, atributos de alcance subjetivo (os destinatários da norma) e material (as circunstâncias prescritivas da norma).

De acordo com Bobbio (2001, p. 180):

Ao invés de usar indiscriminadamente os termos “geral” e “abstrato”, julgamos oportuno chamar de “gerais” as normas que são universais em relação aos destinatários, e “abstratas” aquelas que são universais em relação à ação. Assim, aconselhamos falar em normas gerais quando nos encontramos frente a normas que se dirigem a uma classe de pessoas; e em normas abstratas quando nos encontramos frente a normas que regulam uma ação-tipo (ou uma classe de ações).

Continuando os critérios de distinção, Alexy segue a crítica ante ao fato, também, que os critérios que distinguiriam – as regras e os princípios – seriam heterogêneos, assim, seria imprescindível atentar para as “[...] diversas convergências e diferenças, semelhanças e dessemelhanças, que são encontradas no interior das normas, algo que seria mais bem captado com a ajuda do conceito *witt-gensteiniano* de semelhança de família, melhor que uma divisão em duas classes” (ALEXY, 2011, p. 89).

A segunda tese “é defendida por aqueles, que embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípio, salientam que essa diferenciação é somente de grau” (ALEXY, 2011, p. 90), entendem que o grau de generalidade é o critério decisivo.

Assim, os princípios seriam normas mais gerais, abstratas e importantes que as regras (RAZ, 2010). Eles são diferenciados das regras por terem apenas a função de fundamento normativo para a decisão judicial, motivação desta, não seriam, pois, normas suscetíveis de aplicação direta.

Todavia, pode-se identificar que o critério de generalidade não é adequado para realizar a diferenciação, tendo em vista que é, quando muito, uma consequência da natureza dos princípios, sendo incapaz de proporcionar uma diferenciação essencial (GALUPPO, 1998).

A última tese diferenciadora de regras e princípios defende que entre elas não existe apenas distinção gradual, mas qualitativa. Elucida Alexy (2011, p. 90), que esta tese é a correta, e que o critério “não se encontra na lista apresentada acima, mas declara a maioria dos critérios tradicionais nela contidos como típicos, ainda que não decisivos, dos princípios”.

Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. (AFONSO DA SILVA, 2003, p. 607).

O ponto crucial para distinguir regras e princípios é que os últimos são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível dentro das probabilidades jurídicas e fáticas existentes. Assim, os princípios seriam mandamentos de otimização, os quais podem ser satisfeitos em vários graus, eis que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas das jurídicas.

De outra banda, as regras são normas que, ou são satisfeitas ou não, se é válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, nem a mais, nem a menos. Por tal motivo, regras contêm “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e, não uma distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau” (ALEXY, 2011, p. 91).

A distinção reside na estrutura dos comandos normativos e não somente na generalidade do dever-ser.

A teoria proposta pelo filósofo alemão demonstra que a distinção entre princípios e regras se mostra mais clara nos casos de colisões entre os dois tipos de normas, já que as duas normas, se aplicadas de maneira isolada, levariam a resultados inconciliáveis entre si. Dois juízos de dever-ser, no mesmo caso, contraditórios entre si, se distinguiriam, pois, pela forma de solução dos conflitos.

A fim de elucidar, dito filósofo dispõe acerca da resolução de conflitos entre regras e, posteriormente, a resolução de conflitos entre princípios.

O conflito entre regras, aduz Alexy (2011, p. 92), só “será solucionado se há em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou, ao menos, se uma delas for declarada inválida”.

Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da sala de aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sino ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. (ALEXY, 2011, p. 92).

Neste ponto, há divergência entre os pensamentos de Alexy e Dworkin, pois enquanto o último entende que as cláusulas são, ao menos em teoria, enumeráveis, para o primeiro autor não é possível ter certeza de que, em uma nova situação, não será imprescindível a

introdução de uma nova cláusula de exceção. Ao avaliar a extinção do caráter definitivo das regras com o advento da cláusula de exceção. A esse respeito, explica Cezne (2005, p. 56):

Entretanto, mesmo com essa modificação (a introdução da cláusula de exceção), ainda permanecem diferenciados dos princípios, mesmo tendo adquirido o caráter de *prima facie*. Deve-se ressaltar que o caráter *prima facie* das regras é excepcional, somente ocorrendo quando justificável a abertura de uma exceção, pois normalmente traduzem-se por razões definitivas

Assim, diferentemente do que ocorre com o conceito de validade social, ou seja, de importância da norma, a validade jurídica não é graduável, ou uma norma jurídica é válida, ou não. Se uma regra é adequada e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida, todavia, se a contradição não puder ser eliminada por meio da cláusula de exceção, ao menos uma regra deve ser declarada inválida.

A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*, mas é também possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade. (ALEXY, 2011, p. 93).

Já as soluções de conflitos entre princípios são solucionadas de forma diversas, “[...] se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder” (ALEXY, 2011, p. 93). Isto não quer dizer que o princípio declarado não aplicável àquele caso será considerado inválido, tampouco, que deverá ser introduzida nele uma cláusula de exceção.

É importante tal explicação, eis que pode parecer, aos mais desavisados, que a escolha de um princípio em detrimento de outro invalida a existência daquele princípio que foi preterido. Pelo contrário, tendo em vista a impossibilidade de aplicação dos dois princípios, ao mesmo tempo, no caso concreto, ocorre tão somente a sua não aplicação naquele momento.

Neste sentido, é a solução tomada no embate entre normas que acarretam ao jurista a identificação das espécies normativas, eis que o conflito entre regras está no âmbito do plano de validade e a dos princípios na dimensão do sopesamento.

Ensina Humberto Ávila (2006, p. 175):

[...] pode-se definir o dever de proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados.

A lei de colisão aclara que, na ponderação entre dois princípios, a análise deve se ater em qual dos princípios há o maior peso no caso a ser aplicado. Não há que se falar que a solução está adstrita na prioridade absoluta de um dos princípios protegidos pelo Estado.

Essa relação de tensão não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza, “*por si só*, de prioridade”. O “conflito” deve, ao contrário, ser resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que *abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto*. (ALEXY, 2011, p. 95, grifos do autor).

Destarte, o “conflito” há de ser resolvido realizando a ponderação dos interesses opostos. Com efeito, ponderar qual destes interesses, de maneira abstrata, possui maior importância, peso, diante das circunstâncias do caso concreto. A solução não se dá com a declaração da invalidade de um princípio e, por conseguinte, sua eliminação do sistema jurídico, nem se resolve introduzindo uma cláusula de exceção em um dos princípios, o que ensejaria que todos os casos futuros fossem decididos da mesma forma.

De fato, as colisões entre princípios têm origem “porque o exercício de um direito fundamental entra em conflito com outro ou outros preceitos constitucionais (bens jurídico-constitucionais)” (DIMOLIUS, MARTINS, 2007, p. 161). Assim, haverá colisão entre princípios, quando, no caso concreto, o exercício de um direito fundamental obstaculiza ou causa efeitos no exercício de outro direito fundamental, deve-se, portanto, resolver tal colisão, pois ela não pode se manter.

A melhor resposta para a colisão é, observando as circunstâncias particulares do caso, situar a relação de precedência condicionada “[...] consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob quais condições, é possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária” (ALEXY, 2011, p. 96).

Já a colisão de princípios é solucionada de forma distinta. Quando dois princípios entram em colisão, um deles tem que ceder perante o outro. Entretanto, isso não significa que exista a declaração de invalidade de um

princípio. Diante de certas circunstâncias do caso concreto, um princípio precede o outro. A dimensão a ser avaliada não é de validade, mas sim de peso de cada princípio (p. 93). Por isso essa colisão deve ser resolvida por meio do sopesamento. É necessário considerar as variáveis presentes no caso concreto para atribuir pesos a cada direito e avaliar qual deverá prevalecer. A avaliação dos pesos dos princípios deverá levar em conta o seguinte raciocínio: “Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro” (p. 167). Após sopesá-los, chega-se a uma relação de precedência condicionada, isto é, sob certas condições um princípio precede o outro (P1PP2) C; sob outras condições, essa precedência pode ser estabelecida inversamente (P2 P P1) C’. (GORZONI, 2009, p. 4).

Assim, não há uma hierarquia, ou uma prevalência preordenada entre princípios, a escolha de um em detrimento de outro vai depender das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Desse modo, Alexy (2011) aduz que diante de todo o sopesamento, ainda que todas as normas de direitos fundamentais tivessem estrutura de princípios, o que não é uma afirmação real, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais com estrutura de princípios e com estrutura de regras.

Ao esclarecer o caráter *prima facie* dos princípios, apresenta o comportamento desse tipo de norma em face do caso:

Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. (ALEXY, 2011, p. 104).

Como esclarecimento acerca da otimização, Alexy se utiliza da máxima da proporcionalidade, segundo a qual a teoria dos princípios se entrelaça intensamente. Portanto, existe, uma inter-relação, uma conexão constitutiva, já que o gênero dos princípios provoca a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela.

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível desta natureza. (ALEXY, 2011, p. 116-117).

Ao observar as três máximas que integram a proporcionalidade, importa esclarecer que os princípios da adequação e da necessidade concernem ao que é fática ou factualmente possível, por conseguinte, constituem demonstração da otimização dessas máximas e se ligam às possibilidades fáticas.

Assim, a definição dos princípios como mandamentos de otimização tem origem no fato de que eles são normas que ordenam que alguma coisa seja realizada na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fática, reais existentes, e tais possibilidades jurídicas são ditadas pelos princípios e regras em oposição. Já as regras são tidas como mandamentos definitivos, os quais só podem ser cumpridos ou não, de maneira que, se forem válidas, devem ser cumpridas exatamente como nelas imposto.

Diante do que foi explicitado até aqui, nota-se a importância da teoria dos princípios na moderna sistemática jurídica, ou seja, sob a ótica do pós-positivismo. De fato,

A teoria dos princípios logra não apenas estruturar a solução de colisão de direitos. Essa teoria tem uma qualidade que é extremamente relevante para o problema do teórico do Direito Constitucional. Ela permite uma via intermediária entre vinculação e flexibilidade. A teoria da regra somente conhece a alternativa da validade ou da invalidade. [...] A teoria dos princípios pode, em contrapartida, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela pode declarar que normas não executáveis são princípios que, em face de outros princípios, não de passar por um processo de ponderação. E, assim, “sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente se pode reclamar e pretender da sociedade”. Assim, a teoria dos princípios apresenta não apenas uma solução para o problema da colisão, como também para o problema da vinculação dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2011, p. 10).

Com o intuito de encerrar a presente temática, Luiz Roberto Barroso (2011) aduz que há consenso na dogmática jurídica quanto aos critérios distintivos entre regras e princípios, já que ambos possuem o *status* de normas jurídicas, quais sejam: em relação ao conteúdo, “regras são relatos objetivos descritivos de condutas a serem seguidas; princípios expressam valores ou fins a serem alcançados” (BARROSO, 2011, p. 341).

No que diz respeito à estrutura normativa, “regras se estruturam, normalmente, no modelo tradicional das normas de conduta: previsão de um fato, atribuição de um efeito jurídico; princípios indicam estados ideais e comportam realização por meio de variadas condutas” (BARROSO, 2011, p. 341). Por fim, quanto ao modo de aplicação, regras operam por meio do enquadramento do fato no relato normativo, ou seja, aplicam-se mediante subsunção, e os princípios, caso entrem em rota de colisão, durante sua aplicação, será utilizado o critério de ponderação, acima analisado.

1.4 Princípios Constitucionais do Processo Penal

É possível compreender a importância dos princípios para o ordenamento jurídico, pois eles integram o sistema e possuem caráter normativo; e dentro do processo penal assumem verdadeira posição de garantidores dos direitos fundamentais inseridos no Estado Democrático de Direito.

Assim, na evolução “do relacionamento indivíduo-Estado, sentiu-se a necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista” (FERNANDES, 2012, p. 23).

Para analisar os princípios constitucionais informadores do processo penal brasileiro torna-se necessário, primeiramente, analisar os sistemas processuais penais de uma forma sucinta, elegendo o sistema adotado pelo Brasil a fim de contextualizar os princípios processuais penais.

1.4.1 Sistemas processuais penais

A dogmática jurídica brasileira ainda é divergente quanto ao sistema adotado pela Constituição Federal de 1988. Para os autores tradicionais o sistema seria o acusatório, já que, para eles, a separação entre as funções de acusar e julgar seria suficiente para identificar o sistema acusatório. Sendo que para tais autores a gestão da prova não seria categoria identificadora do sistema, argumento que autoriza a produção *ex officio* pelo juiz, todavia, justamente por este motivo, outros doutrinadores defendem ser o sistema adotado no Brasil o inquisitivo.

O estudo dos princípios inquisitivo e dispositivo nos remete de plano à noção de sistema processual. Por elementar, os diversos ramos do Direito podem ser organizados a partir de uma idéia básica de sistema: conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade. Assim, para a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais, quais sejam, inquisitório e acusatório, regidos, respectivamente, pelos referidos princípios inquisitivo e dispositivo. (COUTINHO, 2000, p. 4).

Tourinho Filho (2012) aduz que, levando em consideração os princípios que informam o processo penal, este poderá ser acusatório, inquisitivo ou misto. E tais sistemas serão analisados, com seus aspectos mais importantes a partir deste momento.

O sistema acusatório é encarado como o precursor dos sistemas processuais, Tourinho Filho (2012) elucida que esteve presente na Índia, entre os atenienses e entre os romanos, bem como, na Antiguidade, momento em que os conflitos eram solucionados por meio de diversas formas, variando da solução amigável, até a culpabilidade penal com imputação de responsabilidade pessoal ou coletiva, a qual se liga à cominação de castigo, o que atualmente é nomeado de sanção penal (PRADO, 2006).

O sistema acusatório surgiu tão logo a reação a uma ofensa grave da ordem jurídica deixou de ser o exercício do arbítrio do príncipe ou da vingança privada do ofendido ou de sua tribo. Dominou durante toda a antiguidade (na Grécia e Roma) e foi até a Idade Média (século XIII), quando foi substituído pela inquisição. O sistema acusatório como acusação popular foi criado pelos gregos, desenvolvido pela república romana e conservado, até hoje, na Inglaterra. (FEITOZA, 2009, p. 60).

Destarte, a sistemática tinha sua racionalidade, na atribuição da responsabilidade como forma de castigo. A finalidade era garantir a paz da tribo, não almejando determinar se o agente praticara o fato, mas a pacificação do grupo. Havia, pois sincretismo entre direito, moral e religião, já que estes conceitos se confundiam (PRADO, 2006).

Após a Antiguidade o sistema acusatório foi substituído pelo inquisitivo (Idade Média), tal sistema será analisado posteriormente. O sistema acusatório só voltou a ser entendido e aplicado na Idade Moderna, com o advento dos ideais iluministas.

Destarte, com a modernidade e também a codificação, tinha-se em mente que o sistema inquisitivo seria superado pelo modelo acusatório. A partir de Locke⁵ (2004) e Voltaire⁶ (1993), a ideia de tolerância do Estado passa a ser veiculada, a qual seria posteriormente propagada ao direito penal iluminista de Beccaria e Verri.

⁵ Em primeiro lugar, pretende-se mostrar que não cabe ao magistrado civil o cuidado das almas, nem tampouco a quaisquer outros homens. Isso não lhe foi outorgado por Deus, porque não parece que Deus jamais tenha delegado autoridade a um homem sobre outro para induzir outros homens a aceitar sua religião. Nem tal poder deve ser revestido no magistrado pelos homens, porque até agora nenhum homem menosprezou o zelo de sua salvação eterna a fim de abraçar em seu coração um culto ou fé prescritos por outrem, príncipe ou súdito. Mesmo se alguém quisesse, não poderia jamais crer por imposição de outrem. É a fé que dá força e eficácia à verdadeira religião que leva à salvação. Seja qual for a religião que a gente professa, seja qual for o culto exterior com o qual se está de acordo, se não acompanhados de profunda convicção de que uma é verdadeira e o outro agradável a Deus, em lugar de auxiliarem, constituem obstáculos à salvação. Dessa maneira, em lugar de a gente expiar seus outros pecados pelo exercício da religião, oferecendo a Deus Todo-Poderoso um culto que acredita ser de Seu agrado, acrescenta ao número de seus pecados os da hipocrisia e desrespeito à Divina Majestade (LOCKE, 2004)

⁶ "Digo-o com horror, mas com verdade: nós, cristãos, é que fomos perseguidores, carrascos, assassinos! E de quem? De nossos irmãos. Nós é que destruímos cidades, com o crucifixo ou a Bíblia na mão, e não cessamos de derramar sangue e de acender fogueiras, desde os tempos de Constantino [...]” (VOLTAIRE, 1993, p. 62).

Em razão da ojeriza às arbitrariedades do período absolutista, inquisitivo, lastreou-se os fundamentos do direito penal moderno, o qual possuía como característica primordial a intervenção limitada e restrita, além da tutela de liberdades individuais diante de um Estado propenso a violar tais liberdades. De acordo com o que defende Carvalho, “com a laicização do Estado e do direito, o crime não corresponde mais à violação do divino, mas à livre e consciente transgressão da norma jurídica promulgada pelo Estado, submetendo o infrator à penalidade retributiva decorrente do inadimplemento [...]” (CARVALHO, 2003, p. 43).

Conforme se denota, existia uma concepção humanista no novo paradigma, propondo a racionalização do poder de punir do Estado, garantindo ao indivíduo proteção em face da intervenção autoritária do Estado. De acordo com Kant de Lima (1989, p. 69), “para a consecução deste objetivo é necessário que o Legislativo anteveja os ‘casos’ que os juízes vão julgar, para fazer leis que a eles se ajustem e impedir ao máximo o arbítrio das decisões judiciais, sempre possível nos casos ‘não previstos na lei’”.

Assim, elucida Denilson Feitoza (2009), que o sistema acusatório possui as seguintes características fundamentais, a saber: separação das pessoas e dos respectivos poderes daqueles que atuam no processo (acusador, julgador, e o acusado); a exigência de que a atuação jurisdicional dependa de prévio requerimento, assim, os limites da decisão dependerão da ação penal de um acusador e do conteúdo desta ação (princípio do *nemo iudex sine actore*) e a possibilidade de resistência do acusado, exercendo o direito da ampla defesa.

As concepções oriundas deste sistema vigoram em muitas legislações, especialmente na nossa, conforme defendido por Tourinho Filho (2012) e possui como características principais: o contraditório, como garantia de ordem jurídica e política do cidadão; partes acusadora e acusada em posição de igualdade; publicidade do processo, salvo os casos em que há necessidade de uma publicidade restrita ou especial; as funções consequentes, que o juiz inicie o processo de ofício (*ne procedat iudex ex officio*); o processo poderá ser oral ou escrito; iniciativa do processo cabe à parte da acusadora, por meio do órgão do Estado, do ofendido ou seu representante legal ou qualquer cidadão do povo.

No que diz respeito à possibilidade de atribuir-se a acusação a qualquer pessoa do povo, embora haja quem defenda, não é da essência do sistema acusatório:

Mesmo em Roma, onde se costuma buscar o protótipo do processo acusatório, nem sempre a acusação ficava a qualquer do povo. As *Institutas* de Gaio cuidavam de numerosos delitos, cuja persecução ficava a cargo exclusivo da vítima, e o *Digesto* ampliou esse número “incluyendo figuras típicas hoy eminentemente públicas y estadísticamente más numerosas”. Ao lado disso, havia as entidades públicas que, a par de suas atividades

normalmente estranhas à persecução, e exerciam também a acusação. Os *Judices Questionis* não acusavam os homicidas? Quando o particular permanecia inerte, o Senado não procedia às investigações e, dependendo do caso, não exercia a acusação ante o Tribunal popular? No delitos de maior relevo, não eram nomeados os *Dicatdores* para as suas investigações? E os *Irenarcas*, os *Stationari*, os *Digiti Duri* não informavam ao Prefeito do Pretório a respeito das infrações penais cometidas, realizando diligências para os necessários esclarecimentos? O fato de a acusação, hoje entre nós, ficar a cargo do Ministério Público não desnatura, pois, o processo acusatório. Este, à evidência, sofreu alterações ditadas pela evolução dos tempos, aperfeiçoando-se. (TOURINHO FILHO, 2012, p. 114-115).

Tourinho Filho (2012) esclarece que o fato da acusação, no Brasil, ser, em regra, atribuída ao Ministério Público não desnatura o processo acusatório no nosso país, “[...] este, à evidência, sofreu alterações, ditadas pela evolução dos tempos, aperfeiçoando-se. Mas seus princípios imanentes continuam íntegros: publicidade, contraditório e, finalmente, acusação e jurisdição a cargo de pessoas distintas” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 115).

Nesta perspectiva, Feitoza (2009, p. 61) entende que o sistema acusatório está presente no sistema inglês, “o processo penal inglês é propriamente um processo *de partes*, pois em regra, o juiz não produz provas de ofício, coloca-se imparcialmente de maneira equidistante das partes e sua decisão se fundamenta no que foi alegado e provado pelas *partes*”. Já o sistema inquisitivo tem como característica primordial o fato das funções de acusar e julgar estarem concentradas, numa única pessoa, no caso o juiz, e é sabido que o réu é mero objeto do processo, e não sujeito de direitos, conforme lição de Frederico Marques (2009, p. 20).

Assim, o “processo de tipo inquisitório é antítese do acusatório. Não há o contraditório, e por isso mesmo inexistem as regras de igualdade e liberdade processuais. As funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa: o Juiz” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 115). Tal sistema se mostra totalmente baseado nos ideais absolutistas de concentração do poder, inibindo qualquer ideia de respeito aos direitos do acusado.

Este sistema se estendeu por toda a “Europa continental do século XIII ao século XVIII, triunfando sobre o direito germânico e sobre a organização feudal da administração da justiça” (FEITOZA, 2009, p. 61).

Surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Surgiu com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal no acusatório privado anterior. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares. (RANGEL, 2010, p. 50).

O sistema inquisitivo muda a característica do processo de maneira brusca. Antes, havia uma disputa leal e justa entre acusador e acusado, com paridade de armas e possibilidade de um resultado justo. Com a concepção inquisitiva, o processo foi transmutado para uma disputa desigual, desleal entre o juiz-inquisidor e o acusado. O juiz deixa sua posição imparcial e assume o desempenho de inquisidor, agindo durante todo o processo também como acusador, como parte.

A aglutinação de funções é, na verdade, uma exteriorização de um poder absoluto central e correspondeu à convergência de interesses entre a Igreja Católica, que afirmava sua universalidade e lutava contra os infiéis, e os estados nacionais sob o regime de monarquia absoluta, que procuravam se firmar contra o poder feudal (FEITOZA, 2009).

Por tal motivo, o processo é secreto, não oferece garantias ao acusado, tem como rainha das provas a confissão. O acusado “aparece em uma situação de tal subordinação que se transfigura e se transmuda em objeto do processo e não em sujeito de direito” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 115). As características do processo inquisitivo podem assim ser resumidas:

a) A concentração das três funções, acusadora, defensoria e julgadora, em mãos de uma só pessoa; b) sigilação; c) ausência de contraditório; d) procedimento escrito; e) os Juízes eram permanentes e irrecusáveis; f) as provas eram apreciadas de acordo com umas curiosas regras, mais aritméticas que processuais; g) a confissão era elemento suficiente para a condenação; h) admitia-se apelação contra a sentença. (TOURINHO FILHO, 2012, p. 116).

Denilson Feitoza (2009) elucida acerca das características do sistema inquisitivo, a saber: em relação a quem exerce a jurisdição, o monarca ou o príncipe detém a jurisdição, ou seja, o poder de julgar, e em razão da impossibilidade de julgar a todos, realiza a delegação sob a forma de hierarquia; no que diz respeito ao responsável por iniciar o processo, o próprio órgão jurisdicional o inicia, “com o tempo, surgem os procuradores do rei, sobretudo na França, para denunciar e perseguir os infratores, mas o inquisidor continua a poder iniciar o processo de ofício” (FEITOZA, 2009, p. 62).

Em relação às figuras do acusador, do juiz e do defensor, eles estão reunidos na figura de uma só pessoa. O acusado era objeto das investigações e não sujeito de direitos; no que diz respeito à busca pela verdade, a meta do processo era a sua verdade histórica, base em que se fundava a decisão final, assim, ela era buscada por qualquer meio. Para tanto, a investigação era secreta, impossibilitando qualquer contraditório e escrito, tendo em vista a hierarquia existente, com a finalidade do superior poder revisar o procedimento a qualquer momento.

Quanto à valoração das provas, adotava-se o sistema de provas tarifadas ou legal, no qual as provas tinham valor previamente estabelecido, daí a origem da confissão como rainha das provas e, também, a razão pela qual a tortura era largamente utilizada; a apelação teve origem neste sistema, eis que os inquisidores recebiam o poder jurisdicional por delegação, ela podia retornar ao detentor originário.

O processo inquisitivo vigorou com tais características até meados do século XIV, quando surgiu, na França, um corpo de funcionários cuja função era promover a persecução em nome do poder social: “[...] *les procureurs duroi*. Sem embargo, os Juízes continuaram, também, com a mesma faculdade, e diz Donnedieu de Vabres, explicando o adágio: *tout juge est procureur général*” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 117). São as primeiras sementes do processo misto, conhecido como acusatório formal.

Destarte, “[...] o sistema misto se desenvolveu durante o século XIX, tendo como lei base o *Code d’instruction criminelle* francês, de 1808, que se expandiu pela Europa continental a partir do triunfo da Revolução Francesa e da dominação napoleônica” (FEITOZA, 2009, p. 62). O processo misto se desenvolve em três etapas:

a) investigação preliminar (*de la police judiciaire*), dando lugar aos *procés verbaux*; b) instrução preparatória (*instruction préparatoire*); e c) fase do julgamento (*de jugement*). Mas, enquanto no inquisitivo essas três etapas eram secretas, não contraditórias, escritas e as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se nas mãos do Juiz, no processo misto ou acusatório formal somente as duas primeiras fases é que eram e continuaram secretas e não contraditórias. Na fase do julgamento, o processo se desenvolve *oralement, publiquement e contradictoirement*. As funções de acusar, defender e julgar são entregues a pessoas distintas. (TOURINHO FILHO, 2012, p. 117).

Todavia, o sistema misto que se espalhou pela Europa, conforme a lição de Tourinho Filho (2012), sofreu modificações, tendo em vista a tendência liberal, exigindo que o rol de garantias conferidas ao réu fosse aumentado. Com efeito, a Lei Constans de 8-12-1897, “assegurava ao acusado o direito de defesa no curso da instrução preparatória. Antes mesmo daquela lei francesa, outros Códigos europeus, como o austríaco, o alemão e o norueguês, já haviam sido atingidos pela corrente liberal” (TOURINHO, 2012, p. 117).

O sistema misto, conforme se denota, é dividido em duas fases: na primeira, ocorre a instrução preliminar, a qual é instruída pelo juiz e claramente inquisitiva; já a última, tida como judicial, a acusação é feita por órgão distinto do que irá realizar o julgamento. Por tal razão, Jacinto Coutinho (2010, p. 3) a denomina como um “monstro de duas cabeças”. Aury Lopes Júnior (2010) destaca como marcante o defeito do modelo no fato de que

[...] a prova é colhida na inquirição do inquirido, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquirido é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquirição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase. (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 130).

Nota-se que, no sistema denominado misto, o juiz continua sendo parte, não é imparcial, pois interfere na colheita das provas antes mesmo da acusação ter ocorrido, quando de fato, ele não deveria interferir na fase persecutória, “entregando-se a mesma ao Ministério Público, que é quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas pela polícia de atividade judiciária, ou, se necessário for, realizá-las pessoalmente, formando sua *opinio delicti* e iniciando a ação penal” (RANGEL, 2010, p. 50).

Ao analisar o sistema adotado no Brasil, Feitoza (2009) aduz que há, respectivamente, um princípio acusatório e um inquisitivo. Tourinho Filho (2012) também enfatiza que é impossível falar de um sistema acusatório puro, mas com características de inquisitivo, diante de tantos poderes conferidos a quem deveria julgar com imparcialidade a lide.

Contudo, Kant de Lima (1989, p. 65) aduz que o sistema brasileiro é o inquisitivo, já que, na prática, cabe ao réu provar sua inocência:

Nesse sentido, a apreciação de Kant de Lima não pode ser considerada equivocada. Não é ausente de fundamento a afirmação de que na prática o réu precisa provar sua inocência. O maior problema nesse sentido decorre da insistência na leitura isolada de interpretação constitucional de dispositivos do Código de Processo Penal (datado de 1941, em pleno Estado Novo), que tem nítida característica inquisitorial. Outro grande problema é a consideração dos elementos do inquirido policial para efeito da decisão a ser tomada pelo juiz no processo, [...]. Como assinala Kant de Lima, “A polícia justifica o seu comportamento ‘fora-da-lei’ alegando ter certeza de que possui o conhecimento testemunhal, ‘verdadeiro’ dos fatos: ela estava lá. Alega, também, que em certas ocasiões é necessário ‘tomar a justiça em suas próprias mãos’” (Kant de Lima, 1989, p. 76). Inclusive a própria atitude da autoridade policial com relação aos investigados é forte indicativo da precariedade dos elementos “probatórios” que são recolhidos na etapa preliminar e, logo, da necessidade de sua desconsideração na etapa processual.

Além disso, o fato do juiz ouvir testemunhas e produzir prova de ofício reforça a tese de sistema inquisitivo:

Culturalmente, o sistema inquisitivo domina claramente no Brasil. O juiz brasileiro pode, de ofício, ou seja, sem qualquer requerimento “das partes”: determinar a produção de provas em geral, seja durante a investigação criminal ou processo penal, como busca-apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas, oitiva do ofendido, prova documental etc.; requisitar instauração de inquérito policial (art. 5º, II, do CPP); decretar prisão preventiva (art. 311, CPP); condenar por classificação legal diversa da especificada na denúncia, sem ouvir qualquer das partes previamente [...]. (FEITOZA, 2009, p. 64).

De acordo com o que entende Kant de Lima, o princípio que rege o processo penal brasileiro é o inquisitivo, também é o que defende Denilson Feitoza, uma vez que a gestão das provas se encontra nas mãos do juiz e, como tal, deixa de ser imparcial e passa a agir como parte no processo penal. Embora exista quem defenda ser acusatório, dada a prevalência de princípios deste sistema no direito processual brasileiro, conforme explicitado anteriormente.

Finalmente, diante da breve análise dos sistemas processuais e dos princípios que os estruturam, pode-se concluir 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. No entanto, como é primário, não há mais sistema processual puro, razão pela qual tem-se, todos, como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. É o caso, por exemplo, do processo comportar a existência de partes, o que para muitos, entre nós, faz o sistema tornar-se acusatório. No entanto, o argumento não é feliz, o que se percebe por uma breve avaliação histórica: quiçá o maior monumento inquisitório fora da Igreja tenha sido as *Ordonnance Criminelle* (1670), de Luis XIV, em França; mas mantinha um processo que comportava partes. (COUTINHO, 2000, p. 5).

Há, ainda, quem defenda ser o sistema brasileiro um sistema acusatório ortodoxo, visto que possui características do sistema acusatório puro, mas com resquícios do sistema inquisitivo, de acordo com Tourinho Filho (2012, p. 95):

Contudo, diga-se de passagem, o nosso processo penal não é um processo penal acusatório ortodoxo. Há uma gama de atos conferidos ao Juiz que em rigor deveriam competir às partes: requisitar inquérito, ser destinatário da representação, decretar, de ofício, prisão preventiva, conceder *habeas corpus*, sem provocação da parte, determinar a prova que bem quiser e entender, ouvir testemunhas além daquelas indicadas pelas partes, quebrando, assim, o princípio acusatório.

Todavia, os defensores de tais poderes atribuídos ao juiz argumentam que, na realidade, é uma garantia do acusado na busca da verdade real, mas conforme se verá no decorrer do presente trabalho, qual é o limite da busca pela verdade? Será que é possível submeter o acusado, sujeito de direitos, ao arbítrio do Estado sob o argumento da verdade real?

1.4.2 Principais princípios constitucionais relacionados ao tema

A palavra princípio possui “[...] raiz Indo-europeia gerou uma enorme família que se espalhou pela História e pela Geografia. Ela significava ‘antes, à frente’. Em Grego passou a ser *prin*, com o mesmo significado, em Latim passou a *primus*, idem” (PRINCÍPIO, 2004).

Princípio, para o direito, corresponde, pois à origem, base do próprio direito e, conforme já demonstrado, hodiernamente possui importância fundamental, tendo característica de norma jurídica, força normativa, aplicabilidade e resolução de casos concretos.

O papel dos princípios, portanto, transcende a mera análise que se acostumou fazer nas Faculdades, pressupondo-se um conhecimento que se não tem, de regra; e a categoria acaba solta, desgarrada, com uma característica assaz interessante: os operadores do direito sabem da sua importância mas, não raro, não têm preciso o seu sentido, o que dificulta sobremaneira o manejo. O problema maior, neste passo, é seu efeito alienante, altamente perigoso quando em jogo estão valores fundamentais como a vida, só para ter-se um exemplo. Por conta disso é que se mostra feliz a assertiva lançada por Jorge de Figueiredo Dias: “são estes <<princípios gerais do processo penal>> que dão sentido à multidão das normas, orientação ao legislador e permitem à dogmática não apenas <<explicar>>, mas verdadeiramente compreender os problemas do direito processual e caminhar com segurança ao encontro da sua solução. (COUTINHO, 2000, p. 3).

Vale consignar que a Constituição é uma norma eminentemente principiológica, motivo pelo qual se faz necessário apreciar as leis sob a ótica dos princípios e garantias fundamentais nela estatuídos (RIBEIRO; MACHADO; SILVA, 2012, p. 7).

Depreende-se que a Constituição Federal é a norma paradigma, na qual todas as outras normas devem buscar fundamento e validade. Essa afirmação se revela imperiosa a todos os dispositivos legais, seja qual for a matéria por eles tratada, e ganha especial relevância quando seu escopo é a matéria processual penal, já que esta lida diretamente com a liberdade, direito cujo cerceamento deve ser sempre juridicamente respaldado e fundamentado, sob

pena de o ato que o determinou quedar-se eivado de vício insanável. Os direitos e garantias fundamentais do acusado estão positivados, em sua maioria, no artigo 5º da Constituição Federal. Entretanto, esse rol é apenas exemplificativo, visto que outros tantos são definidos de forma esparsa ao longo dos diversos capítulos do texto constitucional. É possível afirmar que a tutela dos direitos humanos se revelou uma preocupação básica da Constituição de 1988, na medida em que lhe coube expurgar os resquícios do regime de exceção que a antecedeu. Dentre os instrumentos corriqueiros do regime militar, contavam-se as prisões arbitrárias sem garantia de defesa para os acusados, a prática sistemática da tortura, e o desrespeito a outros direitos fundamentais, como a inviolabilidade do domicílio. (RIBEIRO; MACHADO; SILVA, 2012, p. 7).

Assim, a seguir, serão analisados os mais importantes princípios do direito processual penal, levando em consideração o direito constitucional, todos brasileiros.

A fim de que o ordenamento jurídico tenha a possibilidade de produzir efeitos de maneira completa e legitimada, mister é uma origem, uma fonte normativa, dando unicidade às normas e ao próprio sistema, com a finalidade de se garantir a segurança jurídica. Assim é que a Constituição assume a posição de norma superior às demais.

Com efeito, “[...] toda interpretação constitucional se assenta na superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado” (BARROSO, 1996, p. 150).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, trata a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Importa registrar as considerações de Kildare Gonçalves Carvalho (2007, p. 549): “A dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que devem aqueles ser interpretados”.

A conhecida sentença de Sêneca – “homem é coisa sagrada para o homem” – expressa que o homem não deve ser indiferente à vida humana, destarte, “o homem deu à vida humana uma distinção tal que a colocou no ápice de uma hierarquia de estimas. A relação do homem com a vida do homem é uma relação essencialmente axiológica, uma relação de não indiferença” (DI LORENZO, 2010, p. 51).

Neste sentido, Fábio Konder Comparato (1999, p. 20) elucida que a dignidade da “pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado”. O resultado é decorrente, também, do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa humana vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

De fato, as relações dos demais animais entre si e as que partem deles, para o ser humano, seguem um determinismo natural. Com efeito, “ainda que seja subvertida a ordem natural dos seres e que a estima seja dada por critérios morais e naturais é trivial que apenas um sociopata ou um misantropo patológico seja capaz de colocar a vida humana abaixo de qualquer outra” (DI LORENZO, 2010, p. 51).

Baseado nesta premissa – a de que a vida de qualquer ser humano é equivalente a todas as outras existentes – é que o princípio da dignidade humana passa a ser compreendido. Tem-se, portanto, que a dignidade é um valor, uma apreciação, estima pela ideia da existência do ser humano.

Cada pessoa é sacra, como afirmou Sêneca, inviolável e acima de tudo de qualquer outro objeto, seja ideal ou real, como sugere a expressão latina – *sacrae*. Sêneca apresentou a primeira proposição daquilo que a filosofia política consagrou como dignidade da pessoa humana. A dignidade no seu primeiro conceito apresenta-se como um valor, a afirmação e o reconhecimento de uma sacralidade intrínseca ao ser humano. O valor como tal tem no seu conteúdo a ideia de finalidade. Todo valor é um fim, ainda que nem todo fim seja um valor. No caso da dignidade da pessoa humana, deparamo-nos com um conceito de elevada complexidade estrutural. (DI LORENZO, 2010, p. 52).

Com efeito, dada a complexidade do conteúdo e do conceito de dignidade da pessoa humana, importa dizer que nem a Declaração Universal dos Direitos Humanos, nem a Constituição Federal Brasileira nem qualquer outro documento internacional de proteção aos direitos humanos e/ou fundamentais trazem o conceito de dignidade da pessoa humana. Assim, esta tarefa fica a cargo da interpretação dos juristas, filósofos e tribunais. Por tal razão é que surgem inúmeros conceitos e, conseqüentemente, diversos conteúdos à dignidade da pessoa humana.

Inobstante a complexidade que se infere do conteúdo de dignidade da pessoa humana, tem-se que dignidade “significa a possibilidade de conferir-se a um ente, humano ou moral, a aptidão de adquirir direitos e contrair obrigações” (NOBRE JÚNIOR, 2000). Ou seja, a ideia inquestionável de que todo ser humano, independentemente de qualquer condição, até mesmo o réu de um crime hediondo, é tido como sujeito de direito.

Portanto, qualquer meio de depreciação ou de diminuição da condição do homem como tal, observando-o não como um sujeito, mas como um objeto de Direito é proibida, não existindo qualquer hipótese de rebaixar qualquer ser humano. (NOBRE JÚNIOR, 2000).

Norberto Bobbio (2004) questiona e tece forte crítica aos que buscam um fundamento absoluto para os direitos do homem, e claramente, ao fundamento para a dignidade da pessoa

humana. Elucida Bobbio (2004, p. 16) que “a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis”. Para o autor, “toda busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada” (2004, p. 18), eis que “os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente” (2004, p. 18), assim é que os direitos são, acima de tudo, históricos, seu fundamento se baseia no momento histórico de evolução do homem e da sociedade.

Apesar da concepção de Bobbio, prevalece o entendimento daqueles que seguem as ideias de Kant. Nesse contexto, Ingo Sarlet (2009a, p. 50) explicita que “a doutrina majoritária conforta esta conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa)”.

O recorte teórico do princípio da dignidade da pessoa humana será o de observá-la como fim do Estado e da própria pessoa, “como todo fim, é aquilo que justifica a própria existência. Pois se a existência dos objetos é o ser, a existência da pessoa é o viver” (DI LORENZO, 2010, p. 53). Isto quer dizer que a vida de uma pessoa não encontra sentido na própria existência, em apenas sobreviver, mas em seus fins, que justificam a própria existência do ser e o fim da coisa é o próprio bem, bem que a filosofia atual passou a chamar de valor.

Assim, a partir desta concepção filosófica elucidativa de Kant (2004), para quem a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, é aquilo que não é passível de ser substituído por um equivalente, ou seja, insubstituível. Apenas os seres humanos se revestem de dignidade, pois cada um, dadas as características individuais, é único, impassível de substituição.

Para Ingo Sarlet (2009a, p. 41), “a dignidade é um dado prévio ao Direito e não existe a partir dele, mas este exerce um papel crucial na sua promoção e proteção. E que não há que se falar em dignidade como um direito, mas um direito ao reconhecimento desta”.

Nesse sentido, a dignidade é fim do próprio Estado, não é ele que a cria, mas é o meio para efetivar o fim, ou seja, a dignidade da pessoa humana, “a substancialidade da pessoa *de per se* é fundamento suficiente para a afirmação de sua dignidade singular. Ela não resulta do Direito positivo ou consenso social” (DI LORENZO, 2010, p. 54).

A dignidade da pessoa humana deve ser vista como um complexo de direitos e obrigações que impõe ao Estado e ao próprio homem a observância e o respeito de seu conteúdo.

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres

fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2009b, p. 73).

E, nos dizeres de Jairo José Gênova (2007, p. 118), é um “bem fundamental da pessoa que deve ser visto sob dois aspectos: da autonomia vinculado à ideia de autodeterminação; da necessidade de proteção, em especial quando não há capacidade de autodeterminação por problemas biológicos”. Não impõe só ao Estado a proteção, uma vez que o fim da dignidade da pessoa humana se encontra primordialmente na própria pessoa, daí a autodeterminação, a autonomia do indivíduo de não apenas sobreviver, mas de participar ativamente do meio social em que vive.

J. J. Gomes Canotilho (2006) revela o alcance da dignidade da pessoa humana, que não fica adstrita somente ao indivíduo, mas a toda base que reflete nele. Neste sentido, o alcance do princípio se expressa também nos direitos sociais:

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-se nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. (CANOTILHO, 2006, p. 70).

O princípio da dignidade da pessoa humana é, pois, limitação à atuação estatal, que não pode atuar sem respeitar os limites impostos pelo princípio. Assim, no processo penal brasileiro, no qual ainda impera o superado dogma da busca da verdade real, de ideais totalitários, a pessoa humana acaba sendo transformada em um verdadeiro objeto do processo. Contudo, salienta Gilberto Thums (2006, p. 99), “[...] o processo penal só pode ser concebido a partir do princípio da dignidade da pessoa humana [...]”, portanto, todo o sistema processual penal brasileiro deve ter como núcleo fundante o princípio da dignidade da pessoa humana e a busca da verdade histórica não pode ser tida como desculpa para diminuir o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como decorrência deste princípio pode-se narrar o da presunção de inocência, encontrado na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2012), artigo 5º, inciso LVII. Por meio

de tal princípio há a concepção de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Em outras palavras, no Processo Penal, toda parte passiva, ou seja, o acusado é presumido inocente até sentença penal condenatória transitar em julgado.

Decorre deste princípio, segundo Carlos Rubianes: a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, segundo a lei (portanto, deve haver o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*); b) o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que ele é responsável pelo delito, bastando, para sua absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (*in dubio pro reo*). (FEITOZA, 2009, p. 142).

Todo o sistema processual penal deve ser interpretado também à luz deste princípio, e o empate em julgamentos proferidos pelos Tribunais deve beneficiar o réu. Ele teve origem mais clara na idade moderna, especialmente com os ideias iluministas da Revolução Francesa, é encontrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e firmado posteriormente em 1969, no pacto de San Jose de Costa Rica.

É considerado um dos mais importantes, e sua inobservância ocasiona graves violações ao homem, à própria dignidade. É o que ocorreu no considerado maior erro judiciário do Brasil, na cidade mineira de Araguari, em 1937, o conhecido caso dos irmãos Naves, os quais, por meio de suspeitas sem indícios suficientes, foram presos, torturados, acusados e condenados de um crime que jamais praticaram (ALAMY, 1993).

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (2003) explica que, apesar da ideia ter sido consagrada como um direito na Revolução Francesa, a presunção de inocência remonta a tempos antigos e, atualmente possui três consequências, a saber:

A invocação do benefício da dúvida pelo réu no processo penal remonta a tempos imemoriais. Desde os primórdios do processo penal acusatório vigorava a denominada presunção de inocência. Atualmente, a doutrina analisa a presunção de inocência sobre vários enfoques: a) como garantia política do estado de inocência; b) como regra de julgamento no caso de dúvida: *in dubio pro reo*; c) como regra de tratamento do acusado ao longo do processo. (BADARÓ, 2003, p. 280).

Apesar de consagrado de forma expressa na Constituição de 1988, somente após 20 anos o legislador resolveu alterar o Código de Processo Penal, com a finalidade de adequá-lo ao Estado Democrático de Direito. A denominada “Reforma Processual Penal de 2008”,

expressa nos seguintes atos: a Lei nº 11.689 e a Lei nº 11.690, ambas publicadas em 9 de junho de 2008; a Lei nº 11.719, cuja publicidade se deu em 20 de junho de 2008.

De fato, coube à Lei nº 11.689 revogar o art. 408, § 1º da lei processual penal. Dispôs que, no caso de decisão de pronúncia, se o acusado estiver preso, o juiz deverá decidir, de forma motivada acerca da manutenção, revogação ou a substituição da prisão ou qualquer medida restritiva de liberdade decretada antes (art. 413, *caput* e § 3º do Código de Processo Penal) (BRASIL, 1941).

A Lei nº 11.719, entre outras modificações, acrescentou o parágrafo único no art. 387 do Código de Processo Penal, o qual trata acerca da sentença condenatória “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta” (art. 387, § 3º do Código de Processo Penal) (BRASIL, 1941).

Mantendo a coerência, a dita lei revogou o art. 594 da lei processual, o qual dispunha, contrariamente ao princípio da presunção de inocência, que “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto” (BRASIL, 1941), disposição que contrariava totalmente a sistemática da Constituição Federal de 1988 e o direito fundamental à presunção de inocência.

Além disso, a necessidade de motivação para a decisão que decreta a prisão cautelar passou a ser expressamente prevista em lei, inobstante a dispensabilidade, já que o art. 93, inciso IX da Constituição Federal, impõe a motivação de todas as decisões judiciais.

Tais modificações legislativas atenderam o antigo anseio dos juristas brasileiros, que há muito questionavam os antigos dispositivos, os quais contrariavam todo o sistema proposto pela Constituição brasileira e contrariava totalmente o princípio da presunção de inocência.

Seguindo a sistemática de garantir a eficácia dos direitos fundamentais e sua observância também dentro do processo, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma inovação em relação às anteriores, eis que, não obstante observassem o princípio do devido processo legal, não havia previsão expressa.

Hodiernamente, tal princípio foi elevado à categoria de princípio constitucional, encontrado de forma expressa no art. 5º, LIV, da Constituição brasileira, e o direito de todos não serem privados de sua liberdade, tampouco de seus bens sem a garantia que haja um processo e que ele siga as normas previamente estabelecidas.

É, portanto, proteção à pessoa humana, seja sob o prisma material, com a garantia de proteção ao direito de liberdade, quanto o formal, assegurando-lhe a plenitude da defesa e igualdade de condições com o Estado.

Desenvolveu-se a partir do direito inglês, com a Magna Carta de 1215, do Rei João Sem Terra, em seu artigo 39. “A garantia teve assento constitucional nos Estados Unidos da América do Norte, nas Emendas números V e XIV. Passou com o tempo a integrar o rol de garantias dos textos das Constituições europeias” (FERNANDES, 2012, p. 31).

Destarte, a maior parte da doutrina entende que a garantia não possui tão somente natureza processual, mas substancial, “[...] sob esta nova ótica, a observância da garantia exige que as normas advenham de um processo legislativo de elaboração previamente definido e não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas” (FERNANDES, 2012, p. 51).

André L. Borges Netto (2000) explica acerca do sentido material que é atribuído ao devido processo legal, tendo sua dimensão não só dentro do processo, mas como verdadeiro limitador da atividade legislativa e executiva:

A Constituição indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade das Leis com conteúdo arbitrário e desarrazoado, como forma de limitar a conduta do legislador. Lei que não atinge um fim legítimo é inválida, como tal devendo ser declarada, por força da garantia constitucional em exame. Na atualidade, o texto da Lei ou ato governamental será preservado pela Suprema Corte, até que nenhum posicionamento razoavelmente concebível possa estabelecer uma relação entre a regulamentação contestada e um fim legítimo do governo. Fato é que o entendimento atual do devido processo legal substantivo permite o controle de atos normativos disciplinadores de liberdades individuais até mesmo “não econômicas”. Este princípio, em sua concepção substantiva, é fonte inesgotável de criatividade hermenêutica, transformando-se numa mistura entre os princípios da “legalidade” e “razoabilidade” para o controle dos atos editados pelo Executivo e Legislativo.

Assim, é de se conceber que o princípio do devido processo legal “[...] se irradia por todos os demais princípios processuais, pois o cumprimento dele depende da efetiva realização de todos os outros” (FEITOZA, 2009, p. 142).

Com efeito, é um direito fundamental de primeira dimensão, ou geração, que reflete em processos que resolve conflitos de interesses, tanto judicial, quanto administrativo, além da própria produção normativa, a qual deve respeitar as diretrizes do princípio. Tem desdobramento nos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV); paridade de armas (art. 5º, inc. I), na publicidade na motivação das decisões (art. 5º, inc. LX e art. 93, inc. IX), na proibição das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inc. LVI), na inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inc. XI), no sigilo das comunicações em geral (art. 5º, inc. XII), entre outras (BRASIL, 2012, p. 17).

O princípio do contraditório é uma garantia fundamental do processo penal, consagrado no brocardo romano *audiatur et altera pars*. A Constituição Federal de 1988 o

enuncia em seu artigo 5º, inciso LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 2012, p. 19).

Com efeito, “[...] consiste na ciência bilateral (ao autor e ao réu) dos atos e termos do processo e na possibilidade de contrariá-los, tendo as partes a ocasião e a possibilidade de intervir no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões etc.” (FEITOZA, 2009, p. 143).

O contraditório no processo penal tem de ser pleno e efetivo, “[...] pleno porque exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária” (FERNANDES, 2012, p. 65). Há a necessidade de proporcionar meios reais para contrariá-los, ligando-se, aqui, ao princípio da paridade de armas, sendo necessário, para um contraditório eficaz, estarem as partes providas de forças similares.

Continuando, tem-se o princípio da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, aduzindo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 2012, p. 19).

No âmbito do direito processual penal, a ampla defesa não pode ser absorvida do binômio autodefesa-defesa técnica. É certo, pois, que o réu tem direito de ser escutado pelo juiz do processo, isto por imposição internacional ratificada pelo Brasil, com efeito, em seu art. 8º, 1, o Pacto de São José da Costa Rica dispõe acerca da ampla defesa. De acordo com o que dispõe Lopes Junior (2010, p. 232), “[...] a chamada defesa pessoal ou autodefesa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial e judicial seu momento de maior relevância”. É no interrogatório que o acusado vai esclarecer sua versão dos fatos.

No que tange à defesa técnica, Fernandes (2012, p. 254), sustenta que “Essa defesa técnica, no ordenamento constitucional brasileiro, é defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva. Além de ser um direito, é, também, uma garantia porque só assim se pode atingir uma solução justa”. É aquela realizada por profissional com conhecimentos técnicos efetivos, a fim de garantir a melhor defesa para o acusado.

Com a finalidade de ressaltar a importância da defesa técnica, a Lei nº 10.792/03 colocou o parágrafo único no art. 261, do CPP: “A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada” (BRASIL, 1941).

Assim, também a edição da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal busca garantir a efetividade do princípio da ampla defesa, a saber: “é direito do defensor, no

interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” (BRASIL, 2012, p. 342).

Contudo, para garantir o processo que atenda aos princípios basilares, dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, o devido processo legal e todos os princípios a ele inerentes, torna-se necessário que o Estado-juiz exerça a jurisdição observando todo o sistema, especialmente o sistema acusatório proposto pela Constituição Federal brasileira, daí que o princípio do juiz natural e da imparcialidade do juiz se mostra importante para manter a coerência do sistema e a efetividade dos direitos fundamentais.

Coutinho (2000) aduz que o princípio do juiz natural é expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade. Salieta que está vinculado ao pensamento iluminista e, por conseguinte, à Revolução Francesa, já que com ela foram abolidas as justiças senhoriais e todos passaram a ser julgados nos mesmos tribunais.

Na atual Constituição brasileira está previsto no artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, que “[...] proíbe os tribunais de exceção e assegura o processamento e julgamento da causa pelo juiz competente que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja” (FERNANDES, 2012, p. 136).

A afirmação no art. 5º, LIII, de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, consagra, como escreveu Frederico Marques, garantia que “ninguém pode ser subtraído de seu Juiz Constitucional. Somente se considera juiz natural ou autoridade competente, no direito brasileiro, o órgão judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais. [...] Decorre da disposição constitucional (art. 5º, LIII) que, além da necessidade de o julgamento da causa ser reservado ao juiz natural, perante este deve também ser instaurado e desenvolvido o processo”. Assim, se um processo correu pela Justiça Militar, mas, no julgamento, vem a ser afirmada a incompetência da Justiça castrense, sendo os autos remetidos à Justiça Comum, perante esta o processo deve ser reiniciado, não sendo possível o aproveitamento dos atos instrutórios. (FERNANDES, 2012, p. 137).

Há que se explicar que o impedimento da existência de juízos e tribunais de exceção não serve para impedir a possibilidade de órgãos judiciais especializados. Tal prática não é proibida pela Constituição, que, na realidade, ela mesma prevê alguns tribunais com funções especiais.

O princípio do juiz natural serve para garantir que o órgão julgador não se contamine com a função para a qual foi criado, justamente para efetivar a imparcialidade do juiz. No

sistema acusatório é característica fundamental que o juiz se limite a julgar. Acerca do princípio, esclarece Rangel (2010, p. 20):

Juiz imparcial pressupõe juiz independente e independência pressupõe garantias constitucionais que visem dar segurança ao juiz de que, no exercício de suas funções, não sofrerá coações políticas ou funcionais, constrangimentos que possam ameaçá-lo da perda do cargo. A imparcialidade do juiz, portanto, tem por escopo afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada, pois o compromisso com a verdade, dando a cada um o que é seu, é o principal objetivo da prestação jurisdicional.

A garantia da imparcialidade do juiz, portanto, vai além da impossibilidade do juiz atuar como parte ou da criação de um tribunal de exceção, pressupõe que o órgão julgador não poderá sofrer interferência externa de nenhuma ordem, sua decisão deverá ser isenta de opiniões e de pressões, devendo julgar com os elementos colhidos dentro do processo.

Destarte, o princípio da imparcialidade do juiz é uma garantia constitucional implícita, embora a Constituição de 1988 não a tenha explicitado, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada em São José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, proclamam como garantia o direito a um juiz ou órgão julgador imparcial. O referido pacto que integra o ordenamento jurídico pátrio, já que foi promulgado por meio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, bem como a Convenção Americana dos Direitos Humanos, com o Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

Daí que em razão do teor do princípio da imparcialidade do juiz, o art. 156, I, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.690/2008, trouxe dúvidas quanto à sua constitucionalidade, eis que o inciso I do citado artigo, permite que o juiz produza provas de ofício, estaria atuando evidentemente como parte. Com efeito, seria possível ao juiz esquecer as provas que ele mesmo de ofício mandou produzir? Rangel (2010, p. 461) também realiza a mesma indagação:

Ora, como imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas não a leva em consideração na hora de dar a sentença? A reforma pensa que o juiz é um ser não humano. Um extraterrestre que desce de seu planeta, colhe a prova, preside o processo, julga e volta à sua galáxia, totalmente imparcial. A reforma, nesse caso, adota o princípio inquisitivo, colocando o juiz no centro da colheita da prova em total afronta à Constituição Federal, que adota o sistema acusatório (art. 129, I, CR).

O novo art. 156, I, garantiu ao julgador a possibilidade de produzir provas não somente na ação penal, mas até mesmo antes dela, com o escopo de dirimir dúvida sobre

ponto relevante. Em razão disto, grande parte da doutrina defende a inconstitucionalidade, mormente pela violação do princípio da imparcialidade do juiz e, depois, pela usurpação das funções do Ministério Público, o que atacaria o art. 129, I, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2012).

Como forma de evitar a contaminação do juiz, o Projeto do Novo Código de Processo Penal (PL n. 156/2009) criou a figura do juiz de garantias⁷ (SENADO FEDERAL, 2010), juiz responsável por atuar apenas na fase inquisitiva, retirando do juiz que fosse julgar o processo o acesso a determinadas informações que o pudessem desnaturar, garantindo a imparcialidade.

De fato, é comum o envolvimento do juiz que possui participação na investigação criminal deferindo produção probatória, buscas domiciliares, decretando prisões e isso evidentemente contamina o julgador que, ao decidir o processo, dificilmente se manterá equidistante de sua participação na fase inquisitiva.

Portanto, é de importância cabal, sobretudo para efetivar o sistema acusatório preconizado na Constituição Federal, que o juiz da investigação seja diferente daquele que

⁷ Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

- I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil;
- II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555;
- III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
- IV – ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal;
- V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;
- VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;
- VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pelo delegado de polícia e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;
- IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;
- X – requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
- XI – decidir sobre os pedidos de:
 - a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
 - b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;
 - c) busca e apreensão domiciliar;
 - d) acesso a informações sigilosas;
 - e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado.
- XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;
- XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º;
- XIV – arquivar o inquérito policial;
- XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37;
- XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
- XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada.

sentenciará no processo. De fato, haverá um reforço à imparcialidade do juiz, decisão notadamente acertada.

Ainda, como obediência ao sistema acusatório, a publicidade dos atos processuais deve ser de rigor, isso tendo em vista que o processo secreto era característica do sistema inquisitivo, o que no Estado Democrático de Direito é inconcebível.

O princípio da publicidade está inserido no artigo 5º, LX: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (BRASIL, 2012, p. 19).

Foi somente com a Constituição Federal de 1988 que o princípio da publicidade foi erigido à categoria de princípio constitucional, anteriormente era tratado apenas no Código de Processo Penal.

A inserção da garantia na Constituição teve o condão de alterar situações em que a regra era o julgamento em sigilo, como sucedia, por exemplo, nos julgamentos militares, os quais, depois de 1988, passaram a ser feitos com a participação das partes.

A publicidade, apesar de ser garantia relevante, que assegura a transparência da atividade jurisdicional e possibilita sua fiscalização pelas partes e pela própria comunidade, pode sofrer limitações necessárias à proteção de interesses relevantes do processo. (FERNANDES, 2012, p. 76).

A regra, pois, é que o processo tenha publicidade plena, só havendo restrição quando for necessária para a defesa da intimidade, por interesse social ou para evitar escândalo, inconveniente grave ou quando existir perigo de perturbação da ordem (art. 792, § 1º do Código de Processo Penal).

Já o princípio da vedação da prova ilícita, o qual se encontra previsto expressamente no artigo 5º, LVI, da Constituição de 1988, a saber: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 2012, p. 19). De fato, houve constitucionalização de uma intenção já consolidada na doutrina. É uma garantia individual do cidadão em qualquer processo, seja ele civil, administrativo ou processo penal (TORNAGHI, 1990).

Feitoza (2009, p. 694) aduz que, numa interpretação constitucional rigorosa, provas ilícitas são as que violam: “a) norma constitucional, de direito constitucional material; b) norma legal, de direito infraconstitucional material; c) norma constitucional, de direito constitucional processual, na hipótese de violação grave”.

Há, também, a defesa da análise da ilicitude da prova à luz do princípio da proporcionalidade, sem favorável ou contrário ao acusado, “[...] devendo o juiz, em cada caso,

sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela violada” (FERNANDES, 2012, p. 93).

Destarte, via de regra, a prova obtida por meio ilícito não pode ser admitida no processo, sendo destituída de eficácia jurídica, “[...] essa ineficácia da prova ilícita leva a que não possa ser admitida ou, se aceita, que seja excluída. O juiz deve atuar de ofício, não permitindo o ingresso da prova ilícita” (FERNANDES, 2012, p. 97).

A partir deste pressuposto, surgiu a chamada Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, com base na qual a Suprema Corte Norte Americana considera que “[...] a acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente na busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nesta busca” (FEITOZA, 2009, p. 698).

Destarte, sendo o direito um sistema, concebido coerentemente, para além de afrontar as garantias fundamentais, permitir a utilização de provas ilícitas e permitir a própria desconfiguração do sistema jurídico.

Assim é que a inadmissibilidade das provas ilícitas será tratada com profundidade no capítulo seguinte, importa esclarecer que a sua utilização não é permitida para condenar o réu, ainda que demonstre a denominada “verdade real”. Por esta razão, pode-se perceber que todo o sistema de garantias fundamentais deve ser respeitado e não há que se falar em restrição, ainda que para se chegar à verdade, é o que será tratado melhor no capítulo seguinte.

Por fim, o princípio da duração razoável do processo foi incluído na Constituição Federal de 1988 a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, o qual passou a figurar dentro das garantias fundamentais asseguradas à pessoa humana, elencado no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 2012, p. 20).

A razoável duração do processo não implica tão somente um processo célere, o que no processo penal é importante, tendo em vista as prisões cautelares, mas, sobretudo, “[...] uma ponderação entre o comando de celeridade e outros preceitos constitucionais. Assim, a rapidez do processo não pode impedir o direito fundamental de defesa; tampouco inviabilizar o processo penal como instrumento” (FEITOZA, 2009, p. 158), fundamental para o bom emprego do direito penal e não somente de abrigo dos direitos fundamentais.

Destarte, a observação do referido princípio, para o processo penal é de suma importância, especialmente para dar resposta à sociedade, no sentido de que a resposta célere dá eficiência ao direito, e sensação de justiça e pacificação à sociedade.

O processo penal preconizado na Constituição Federal brasileira, de acordo com os princípios aqui analisados, é garantista. Sua matriz tem como núcleo fundante o sistema

acusatório; assim, o investigado, o réu, é visto como sujeito de direitos, jamais como objeto, conforme se verá a seguir, a busca da verdade dentro do processo penal, por meio da produção probatória, deve observar todos os princípios, especialmente para garantir a dignidade da pessoa humana.

2 PROVAS

2.1 Conceito

Ao se pensar em prova é impossível não imaginar a situação de alguém demonstrando a veracidade de um fato a outrem, como forma de convencimento. Esse é o sentido comum que o termo prova possui. “Em sentido jurídico, há quem empregue o vocábulo com o significado de atos e meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como a verdade dos fatos alegados” (FEITOZA, 2009, p. 688).

A necessidade da prova, de forma geral, se impõe dada a natureza humana, eis que condizente a determinado fato, a dúvida, é algo comum, tendo em vista que a ausência de conhecimento deste fato leva à negação da certeza. Neste sentido, a prova tem a finalidade de diminuir esta incerteza ou, ao menos, aumentar a probabilidade da existência deste fato, conforme narrado por alguém.

A dúvida é um estado complexo. Existe dúvida, em geral, sempre que uma asserção se apresenta com motivos afirmativos e motivos negativos: ora, pode dar-se a prevalência dos motivos negativos sobre os afirmativos, e tem-se o improvável; pode existir igualdade entre os motivos afirmativos e os negativos, e ter-se-á o crível no sentido específico; pode dar-se, finalmente, a prevalência dos motivos afirmativos sobre os negativos, e tem-se o provável. Mas o improvável não é propriamente senão o contrário do provável: o que é provável pelo lado dos motivos menores, e por isso a dúvida reduz-se propriamente às duas únicas subespécies simples do crível e do provável. (MALATESTA, 1996, p. 20).

Destarte, ao observar o espírito humano, no que diz respeito ao conhecimento de um determinado fato, ele poderá se encontrar em três estados, a saber: ignorância, que é a ausência total de todo o conhecimento; credibilidade, no qual há uma igualdade de motivos para o conhecimento afirmativo; por fim, no estado de certeza, em que há um conhecimento afirmativo, triunfante (MALATESTA, 1996).

A ignorância não interessa ao presente estudo, pois a prova será analisada dentro do processo e, portanto, é impossível se falar em estado de ignorância, já que a existência do processo pressupõe, ao menos, elementos mínimos de prova suficientes.

Daí a importância da prova para o processo penal. O objetivo primeiro é trazer ao processo penal a certeza de um fato coadunando-se com a realidade do fato, ao menos para fins de condenação penal.

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjectivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objectiva. A certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objectivamente é falso; por vezes duvida-se do que objectivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros. E não é já, por assim dizer, porque se tenha a pretensão de romper todas as relações existentes entre a alma humana e a realidade exterior: não é porque haja pretensão de destacar por um corte nítido a certeza da verdade, caindo em pleno pirronismo. Nós admitimos que a certeza deriva normalmente do influxo da verdade objectiva; mas dizemos que, conquanto derive normalmente da verdade, ela não é a verdade: não é mais que um estado da alma, que pode, por vezes, devido à nossa imperfeição, não corresponder à verdade objectiva. Nós dizemos que a certeza, considerada na sua natureza intrínseca, qual é, não qual seria melhor que fosse, consistindo em um estado subjectivo da alma, é estudada como tal, e não já confundida com a realidade exterior. (MALATESTA, 1996, p. 21).

Neste sentido, será observado, no presente capítulo, a importância da prova no processo penal, a fim de formar a convicção do julgador, bem como, as consequências disto para a própria produção probatória.

A finalidade da prova é tornar determinado fato conhecido do Juiz, persuadindo-o da sua existência. “As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 220). É, pois, instrumento probatório típico para desenvolver a convicção do julgador sobre a existência ou não de uma seguinte situação de fato.

Assim, “[...] prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos” (OLIVEIRA, 2008, p. 281).

Isso porque “[...] cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por esta razão, a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros” (RAWLS, 2002, p. 4).

Desse modo, prova, segundo o sentido comum da palavra, é tudo que “[...] pode levar ao conhecimento de um fato a alguém” (FEITOZA, 2009, p. 688). Esse conhecimento, na seara processual, será direcionado ao magistrado que deverá, com base na prova colhida nos autos, decidir o destino do acusado no processo penal.

A palavra prova, é um vocábulo polissêmico, com diversos sentidos, encontrando sua origem no latim *probatio*, o qual provém do verbo *probare*, significando demonstrar, reconhecer, formar juízo de (DE PLÁCIDO E SILVA, 1967).

No sentido jurídico, “[...] há quem empregue o vocábulo com o significado de atos e meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como a verdade dos fatos alegados” (FEITOZA, 2009, p. 688).

Entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se afirma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado. (DE PLÁCIDO E SILVA, 1967, p. 1253).

Nos dizeres de Eugenio Florian⁸, citado por Noronha (1983, p. 87), prova

[...] é o conjunto de atos legalmente ordenados, para a apuração do fato, da autoria e a exata aplicação da lei. O fim é este: a descoberta da verdade, o meio. Da aplicação da lei trata a sentença que dirime o litígio; da apuração da verdade, a instrução. Esta é, pois, a fase do processo em que as partes procuram demonstrar o que objetivam: o acusador a pretensão punitiva, o acusado sua defesa. [...] ‘Essa demonstração é o que constitui a prova. Florian escreve que provar é fornecer, no processo, o conhecimento de qualquer fato, adquirindo, para si, e gerando noutrem, a convicção da substância ou verdade do mesmo fato’.

Com efeito, para além destes conceitos, ainda juridicamente, prova tem vários sentidos, por exemplo: prova como fonte, prova como manifestação, prova como atividade, prova como resultado, prova como meio de prova, e prova como obtenção de prova. (FEITOZA, 2009).

De acordo com Denilson Feitoza (2009, p. 688), a prova como fonte se “[...] refere às pessoas e coisas utilizadas como prova, consideradas com fontes dos estímulos sensoriais que chegam à percepção da entidade decisora (por exemplo, o juiz) sobre um fato”. Já a prova como manifestação refere-se à maneira como a prova se perfaz no processo, na qual é possível distinguir entre a pessoa (por exemplo, a testemunha) e sua manifestação, que podem ser, por exemplo, o testemunho, as declarações ou depoimento da testemunha e interrogatório.

A prova como atividade probatória “[...] é o ato ou conjunto de atos tendentes a formar a convicção da entidade decisora sobre a existência ou inexistência de um fato” (FEITOZA, 2009, p. 688). A prova como resultado pode-se afirmar que é a convicção da entidade decisora, gerada dentro do processo, sobre a existência ou não de uma dada situação fática.

⁸ FLORIAN, Eugenio. **Delle Prove Penale**. Imprenta: Varese, Istituto Editoriale Cisalpino, 1921.

Já Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 388) defende que a prova tem três sentidos, a saber:

[...] a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “fez se prova de que o réu é o autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo.

De acordo com os conceitos acima delineados, pode-se perceber que, para além de formar o convencimento do juiz, a prova serve de base para a fundamentação da sentença, a teor do artigo 93, IX da Constituição Federal de 1988, eis que todas as decisões judiciais devem ser motivadas.

2.2 Meio de Prova

Meio de prova é aquilo que pode ser usado para demonstrar a realidade fática dentro do processo, ou seja, “são os instrumentos aptos a serem utilizados no processo para formar a convicção da entidade decisora sobre a existência ou não de uma dada situação de fato” (FEITOZA, 2009, p. 726). Segundo Pontes De Miranda (1947, p. 155), meios de prova são “as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova: os documentos, as testemunhas, os depoimentos das partes. Elementos ou motivos de prova são os informes sobre fatos ou julgamentos sobre eles, que derivam do emprego daqueles meios”.

Neste sentido, meio de prova é tudo que serve, que tem utilidade para comprovar os fatos alegados pelas partes. No processo penal, não há limitação aos meios, com exceção ao estado civil que deve se observar as limitações da lei civil, a teor do artigo 155 do Código de Processo Penal (FEITOZA, 2009).

Há que se ter o cuidado que somente pode ser aceito como meio de prova aquilo que não for inconstitucional, ilegal e não contrariar os bons costumes e a moral.

O Código de Processo Penal exemplifica os meios de provas nos artigos 158 a 250, por tal razão, Denilson Feitoza (2009, p. 726-727), classifica as provas em “nominadas, são as especificadas em lei” e “inominadas: as que não estão especificadas em lei” (2009, p. 726). No processo penal, as provas nominadas estão elencadas entre os artigos 155 e 250 do Código de Processo Penal, já as provas inominadas não possuem o seu procedimento explicitado em Lei.

Assim, seriam meios de prova nominados: exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184); interrogatório do acusado (arts. 185 a 196); confissão (arts. 197 a 200); pergunta ao ofendido (art. 201); testemunhas (arts. 202 a 225); reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228); acareação (arts. 229 e 230); documentos (arts. 232 a 238); indícios (art. 239); busca e apreensão (arts. 240 a 250).

Por tal razão, uma parte da doutrina entende que o rol de provas expostos no Código de Processo Penal é taxativo, não devendo existir a possibilidade de se estabelecer provas sem a devida previsão legal. No entanto, tal posicionamento parece equivocado, pois a Lei processual não se declara taxativa, e, se o tivesse feito ou fosse interpretada, teria sido um grande equívoco, pois impediria a norma processual de acompanhar os avanços sociais, tornando-a rapidamente obsoleta.

2.3 Objeto da Prova

Segundo a teoria tripartida do crime, ele é a ação (ou omissão) típica, antijurídica e culpável, o objeto da prova deve se referir a tais elementos constitutivos do crime:

I – a ação (ou omissão) típica (correspondente à definição legal do fato punível), em seu aspecto objeto (tipo objeto) e em seu conteúdo subjetivo (tipo subjetivo; dolo e especiais fins ou motivos de agir exigidos pela definição do delito); II. A antijuridicidade, revelada, em regra, por via negativa: é antijurídica a ação (ou a omissão) se não houver causa de justificação (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, etc.); III. A culpabilidade (que depende da imputabilidade e da consciência da ilicitude, excluindo-se pelo erro e certas situações que tornam inexigível conduta diversa). Objeto primário da prova é, portanto, o que constitui ou exclui qualquer dos elementos ou características do fato punível imputado ao réu, que constitui o *thema probandum*. (FRAGOSO, 2014, p. 1).

Helena Cláudio Fragoso (2014) aduz, ainda, que o objeto da prova são os indícios (que têm relação indireta com o que constitui o delito) e os elementos auxiliares da utilização e valoração dos meios de prova (prova sobre a prova). Aqui, se visualizam, por exemplo, a prova de que uma testemunha poderia ser parcial por suas conexões com a vítima ou com o réu ou a prova de que a confissão foi obtida por violência, violando os direitos e garantias fundamentais, etc.

Também são objeto da prova os elementos que se referem à medição, ou seja, à dosimetria da pena, a exemplo das circunstâncias do crime e da personalidade do agente. Além disso, tudo o que se relaciona ao processo, a teor do que dispõe o artigo 212 do Código

de Processo Penal. Nesse caso o magistrado não poderá recusar perguntas da parte, salvo se não condizer com o processo, sendo situação totalmente estranha com os dados com que se pretende provar. Assim, tudo que tem relação com o processo pode ser objeto de prova.

Ou, ainda, “[...] objeto da prova é o fato que exige comprovação (fato probando)” (FEITOZA, 2009, p. 689), ou seja, aquilo que precisa ser demonstrado e que não é aferível de plano.

Portanto, nem todos os fatos necessitam ser provados, aqueles que prescindem de prova são: os fatos axiomáticos ou intuitivos, os fatos notórios, fatos com presunção legal absoluta, fatos impossíveis e os fatos irrelevantes.

Os fatos axiomáticos ou intuitivos, ou seja, aqueles fatos em que não geram nenhuma dúvida acerca de sua existência, são cristalinos, incontroversos, a exemplo, “[...] a prova de que o acusado estava em determinado lugar, em determinada hora, exclui a necessidade de se comprovar que ele não estava no local do crime, ocorrido em outra cidade distante” (MIRABETE, 2008, p. 250).

No que tange aos fatos notórios, há o brocardo que afirma *notorium non eget probatione*, ou seja, notório é o fato de conhecimento de todos, integrante da cultura de um determinado povo. Elucida Fernando Capez (2009, p. 298): “É o caso da verdade sabida: por exemplo, não precisamos provar que no dia 7 de setembro comemora-se a Independência, ou que a água molha e o fogo queima”. Todavia, não se deve confundir fatos notórios com a denominada *vox publica*, uma vez que, neste último, a sociedade pode criar fatos que não ocorreram ou noticiar de maneira distorcida.

Os fatos com presunção legal absoluta, *juris et de jure*, não permitem prova em contrário, eis que a lei, a norma, assim faz referência. A título de exemplo, citado por Guilherme de Souza Nucci (2007), é a questão da inimputabilidade. Dispõe o artigo 228 da Constituição Federal de 1988 e, também, o artigo 27 do Código Penal, são inimputáveis os menores de 18 anos. Com efeito, não é possível provar que alguém que cometa um fato previsto na lei penal como crime que tenha dezesseis anos é inimputável, tendo em vista que a legislação assim dispõe. Além disso, há fatos em que a presunção poderá ser relativa (*juris tantum*), pois, uma vez não provado o contrário, será considerado como verdadeiro.

Já os fatos impossíveis são os que saem da realidade, não há possibilidade de acontecerem. Cite-se como exemplo a alegação do autor de um determinado crime aduz ter se “teletransportado”. Tal ato é impossível aos seres humanos, destarte, não há necessidade, tampouco possibilidade de demonstrar sua veracidade.

Por fim, os fatos irrelevantes, são os fatos impertinentes. O brocardo *probatum non relevat* demonstra a desnecessidade de demonstrar fatos impertinentes que não dizem respeito à causa e não vão influir na decisão do magistrado. Diante disso, é imprescindível avaliar o caso concreto, já que alguns eventos podem ser irrelevantes para um processo, mas não para outros.

No processo penal todos os outros fatos são objeto de prova, ainda que incontrovertidos, diferentemente do processo civil.

2.4 A Distribuição do Ônus da Prova e a Iniciativa Probatória do Juiz

O *onus probandi*, ou seja, o ônus da prova é previsto no artigo 156 do Código de Processo Penal, o qual aduz que “a prova da alegação incumbirá a quem o fizer”. Gustavo Badaró (2003, p. 173), conceitua ônus da prova como:

Posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito ordenado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão do benefício, sem, contudo, configurar ato ilícito.

É importante explicar que o processo é uma forma de proteção ao acusado, que se presume inocente. O ônus de provar a culpabilidade, então, é do Estado e, neste sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no HC 107795:

[...] Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe, ao órgão acusador, o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. (BRASIL, 2011, p. 282).

O artigo 333 do Código de Processo Civil dispõe acerca da distribuição do ônus da prova aduzindo que cabe ao autor provar os fatos constitutivos e ao réu todos aqueles que interessarem à defesa, ou seja, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Destarte, no âmbito do processo penal, cabe ao Ministério Público, autor das ações

penais públicas e ao querelante nas ações penais privadas, provarem a autoria e a materialidade do crime e ao réu toda a matéria de defesa cabível (inexistência do fato, atipicidade da conduta, excludentes de ilicitude, culpabilidade, punibilidade e as circunstâncias que diminuem a pena) (MIRABETE, 2008).

Tourinho Filho (2012, p. 237) entende que:

[...] se, por acaso, a Defesa arguir em seu prol uma causa excludente da antijuridicidade ou de culpabilidade, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima *actor incumbit probatio et reus in excipiendo fitactor...* Diga-se o mesmo se a defesa alegar a extinção da punibilidade.

Com efeito, sob o prisma do sistema acusatório, a atividade probatória do juiz, dada sua imparcialidade, deve ser meramente supletiva (CAPEZ, 2009). Todavia, há quem defenda que tampouco nestes casos ela deva existir.

Em um processo que se diz baseado no sistema acusatório, no qual há o contraditório e a igualdade entre as partes, a distribuição do ônus da prova deveria seguir o viés da isonomia. Não obstante, o dever de estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como “valor fundamental do sistema de provas” (OLIVEIRA, 2008, p. 287).

Assim, “[...] 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 ônus probatório ao órgão da acusação” (OLIVEIRA, 2008, p. 287). Assim, cabe a quem acusa provas da existência de um crime e sua autoria.

Elucida, porém, Eugênio Paccelli de Oliveira (2008) que ao autor da acusação, Ministério Público ou querelante, não cabe provar todos os elementos do conceito analítico do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), além do fato de que o Direito Processual Penal também trabalha com presunções legais.

Assim que os exames da tipicidade e da ilicitude do fato não dizem respeito à prova. Cuida-se de mero juízo de abstração, de valoração do fato, ou seja, se ele existe ou não. No que tange à norma penal, “[...] sobre tais questões não se produz prova, no sentido de sua materialização, mas, unicamente, emite-se juízo de valor no plano abstrato das ideias” (OLIVEIRA, 2008, p. 287).

Já com relação à prova da existência do dolo e de alguns elementos subjetivos do injusto penal é preciso cautela, pois a matéria localiza-se no mundo das intenções, onde não é possível uma investida mais segura. Por tal razão, a prova do dolo (dolo genérico) e dos

elementos subjetivos do tipo (dolo específico) “[...] são aferidas pela via do conhecimento dedutivo, a partir do exame de todas as circunstâncias já devidamente provadas e utilizando-se como critério de referência as regras da experiência comum do que ordinariamente acontece” (OLIVEIRA, 2008, p. 287).

De fato, a jurisprudência formou entendimento no qual o dolo é presumido, presunção relativa é certo, contudo, compete ao réu provar que não agiu com dolo (FEITOZA, 2009).

Nesses casos, a prova será obtida pelo que o Código de Processo Penal chama de indícios, ou seja, circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução (trata-se, à evidência, de dedução), concluir-se a existência outra ou de outras circunstâncias (art. 239). (OLIVEIRA, 2008, p. 287-288).

Em relação à culpabilidade e à imputabilidade do agente “[...] a questão pode até exigir prova, qual seja, a de maioridade penal (18 anos), ou da capacidade mental do autor do fato” (OLIVEIRA, 2008, p. 288). Não se exige que a acusação faça prova de se tratar o réu ser capaz e mentalmente são, pois parte-se da presunção legal de que as pessoas maiores de idade, até prova em contrário, sejam efetivamente capazes.

Entretanto, existindo indício de se tratar o acusado portador de enfermidade, “[...] caberá ao juiz de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado (Art. 149 do CPP), requerer o exame de insanidade mental” (OLIVEIRA, 2008, p. 288).

Destarte, em observância ao princípio da inocência “[...] a prova quanto à materialidade do fato (sua existência) e da autoria, não se impondo o ônus de demonstrar a existência de qualquer excludente da ilicitude ou mesmo a culpabilidade” (OLIVEIRA, 2008, p. 288).

De acordo com o artigo 156 do Código de Processo Penal “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” (BRASIL, 1941). Todavia, a Lei nº 11.690/08 alterou a redação do artigo 156, I e II, possibilitando ao juiz, de ofício, “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida” (BRASIL, 1941), e o inciso II, “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (BRASIL, 1941). Eugênio Pacelli de Oliveira (2008) apregoa que tal modificação reflete retrocesso inacreditável e inaceitável, além da evidente inconstitucionalidade.

Lopes Júnior (2010) segue a mesma linha, eis que o ônus da prova é sempre de quem alega e se houver dúvida sobre ponto relevante, conforme texto da lei, já é motivo para a

absolvição do réu e a produção antecipada de provas, além da relevância e urgência, deve ocorrer, desde que exista requerimento da acusação, jamais de ofício.

Geralmente o ônus da prova caberá a quem fizer a alegação do fato (art. 156, 1ª part, CPP). Contudo, com exceção, o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (FEITOZA, 2009, p. 727).

Eugênio Pacelli de Oliveira (2008) esclarece, com total razão, que o juiz não tutela nem deve tutelar a investigação criminal, além disso, a jurisdição só deve iniciar com a apreciação da peça acusatória, conforme dispõem os artigos 395 e 396 do Código de Processo Penal. Assim, no curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica, somente enquanto análise e observação dos direitos e garantias fundamentais do acusado.

Ou seja, quando o Magistrado concede uma prisão cautelar ou uma interceptação telefônica não está agindo em favor da investigação, mas protegendo as “[...] liberdades públicas, ele estará exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal” (OLIVEIRA, 2008, p. 288).

É por isso que se instituem as chamadas cláusulas de reserva da jurisdição, segundo as quais somente ao juiz se defere o tangenciamento de direitos e garantias individuais, como ocorre, por exemplo, em relação à inviolabilidade de domicílio (mandado de busca e apreensão), da liberdade individual (prisão cautelar), do direito à intimidade e à privacidade (interceptação telefônica e ambiental etc.). Ver art. 5º, XI, XII e LXI, da Constituição da República.

Por isso, nenhuma providência deve ser tomada de ofício pelo magistrado, para fins de preservação de material a ser colhido em fase de investigação criminal. Nem prisão de ofício e nem qualquer outra medida acautelatória, até porque o que deve ser acautelado, em tais situações, é a investigação e dela não há de cuidar e nem por ela responder o órgão da jurisdição. Basta lembrar, ainda, que o juiz sequer levará em consideração, por ocasião da sentença, as provas ou elementos indiciários colhidos na fase de investigação, consoante se vê, agora, por força da Lei 11.690/2008, do artigo 155, CPP, à exceção das provas irrepetíveis (periciais). (OLIVEIRA, 2008, p. 288-289).

Assim, o artigo 156, II do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.690/08, a exemplo do que ocorreu com o artigo 3º da Lei nº 9.034/95, deverá ter sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 1.570 de relatoria do Ministro Maurício Corrêa).

Isso em razão de que o sistema acusatório imposto pela Constituição Federal de 1988, no qual “[...] foram delimitadas as funções do juiz e as atribuições do Ministério, deverá funcionar como redutor e/ou controlador da aplicação do mencionado dispositivo em face da imparcialidade que deve nortear a atuação jurisdicional” (OLIVEIRA, 2008, p. 289).

Superada esta controvérsia, cumpre consignar que o novo inciso VI, parte final, do artigo 386 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/2008, “[...] resolveu controvérsia sobre o ônus da prova quando houver fundada dúvida sobre as circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena [...] doravante mesmo que a defesa alegue, por exemplo, legítima defesa, se houver fundada dúvida, o réu deverá ser absolvido”. (FEITOZA 2009, p. 729).

Assim, sob o prisma dos ditames constitucionais e do sistema acusatório imposto pela Constituição Federal de 1988, a atividade probatória do juiz só deve ocorrer de ofício quando vislumbrada a possibilidade de comprovar a inocência do réu, “[...] e não vemos aqui qualquer dificuldade: quando se fala de igualdade de armas, tem-se em vista a realização efetiva da igualdade, no plano material, e não meramente formal” (OLIVEIRA, 2008, p. 290).

Isso difere, quando a atividade probatória do juiz for unicamente para esclarecer dúvida sobre ponto relevante, a teor do disposto no artigo 156, II do Código de Processo Penal. Nesse norte, admite-se a atividade probatória de iniciativa do magistrado quando houver dúvida sobre a prova produzida e não sobre eventual ausência ou insuficiência de provas.

2.5 Princípios que Informam a Atividade Probatória

Os princípios que gerem a atividade probatória serão tratados aqui, com a finalidade de demonstrar que a atividade probatória deve se fundar no fato de que o investigado, o réu, é sujeito de direitos e não mero objeto do processo.

Iniciando com o princípio do livre convencimento ou princípio da persuasão racional do juiz, expresso no artigo 155 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a saber: “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”.

Segundo tal princípio, “o juiz é livre para formar seu convencimento e, portanto, para valorar as provas, inclusive as que não se encontram nos autos, sem a prova dos autos e, até, contra a prova dos autos, foi adotado no julgamento do Tribunal do Júri, em relação ao

conselho de sentença” (FEITOZA, 2009, p. 717). A livre convicção tem origem no sistema acusatório puro, totalmente oposto ao princípio vigente no sistema inquisitivo, neste as provas eram tarifadas, sistema de prova legal, nele o juiz estava adstrito a valoração previamente estabelecida a cada tipo de prova.

Explicam Cintra, Dinamarco e Grinover (2002, p. 73) que o princípio do livre convencimento, também entendido como princípio da persuasão racional, “regula a apreciação e avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da prova legal e o julgamento *secundum conscientiam*”, sendo o meio termo de apreciação de provas, localizando-se entre o sistema inquisitivo e o acusatório.

De acordo com o princípio do livre convencimento motivado, previsto no artigo 155, o juiz é livre para apreciar as provas e decidir. Todavia, deve fundamentar, explicitando em que elementos fundou o seu convencimento.

Para garantir que a decisão do juiz seja apoiada nas provas produzidas durante a instrução processual é imprescindível que exista o respeito ao princípio da identidade física do juiz, nas palavras de Pedro Henrique Demercian (1999, p. 59):

A vinculação do juiz ao processo constitui uma autêntica garantia do acusado. Para todo e qualquer juízo de mérito e, principalmente, para a plena satisfação do princípio constitucional da individualização da pena (C.F., art. 5º, inc. XLVI), é indispensável a prolação da sentença pelo juiz que manteve contato direto com os protagonistas do processo.

Como consequência, o princípio da identidade física do juiz fundamenta a melhor compreensão da prova. O entendimento e a autenticidade de impressões de quem escuta é diferente daquele que não presenciou a produção probatória e em seguida é chamado para decidir. Com efeito, “as impressões recebidas conservam sua mais genuína e mais fresca vivacidade, permitindo, portanto, um julgamento mais justo” (DERMECIAN, 1999, p. 59).

Assim é que o Código de Processo Penal vigente, a partir da reforma de 2008, alterando o parágrafo 2º no art. 399 do Código de Processo Penal, pela Lei nº 11.719/2008 a identidade física do juiz passou a ser expressa: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” (BRASIL, 1941).

Ademais, vigora o princípio da comunhão da prova, uma vez que a prova foi produzida, ela passa a ter efeito para todas as partes do processo, eis que passou a integrá-lo, não pertencendo à parte que a produziu ou que detinha o ônus.

Há, também, o princípio da autorresponsabilidade das partes, o qual dispõe que “cada parte assume as consequências de sua inatividade ou de seus erros quanto à prova que produziu ou que deveria produzir” (FEITOZA, 2009, p. 719).

A observância de tais princípios ocasiona coerência ao processo e, acima de tudo, respeito aos direitos fundamentais do acusado e observância aos ditames constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

2.6 Provas Ilícitas e Ilegítimas

A proibição de provas ilícitas é considerada como um princípio fundamental no sistema jurídico brasileiro. De fato, o objetivo da produção probatória é chegar mais próximo possível da verdade histórica, contudo, esta procura não pode ser utilizada como pretexto para a produção probatória a qualquer custo, ou melhor dizendo, em detrimento de todos os outros direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. De acordo com os ensinamentos de Frederico Marques (2009, p. 35):

[...] é inconcebível, na Justiça Penal, a adoção de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a busca da verdade através de qualquer fonte probatória, tendo em vista que permitir qualquer tipo de prática em busca de uma verdade traz sérios riscos à segurança jurídica e a um retorno às práticas do procedimento inquisitivo e injusto em detrimento das diretrizes políticas e jurídicas do processo acusatório.

Portanto, estabelece a Constituição Federal de 1988 que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (artigo 5º, LVI) (BRASIL, 2012, p. 14), mesma disposição repetida no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 11.690/2008. ok, ja alterei

Ao distinguir prova ilícita de prova ilegítima, Prado (2006) elucida que prova ilícita é a adquirida por abuso ao direito material, enquanto a prova ilegítima insulta ao direito processual.

Neste sentido, as provas ilícitas são inaceitáveis no processo, em obediência ao ditame constitucional insculpido no inciso LVI do art. 5º, destarte, existindo a produção de uma prova ilícita, como, por exemplo, tortura, violação de correspondência ou de domicílio, ao violador da norma será imposta uma penalidade prevista na lei penal. (PRADO, 2006, p. 9).

Denilson Feitoza (2009) aponta, ainda, que ao realizar tal diferenciação, vários autores brasileiros, a exemplo de Grinover, Fernandes e Gomes Filho, se inspiram em Pietro

Nuvolone, para esclarecer o que são provas ilícitas e ilegítimas. Assim, provas ilegais ou ilícitas poderiam ser classificadas como:

a) provas ilícitas: as que violam norma de direito material. As provas ilícitas dizem respeito à obtenção ou coleta da prova. Por exemplo, as declarações do indiciado ou réu colhidas sob tortura. No caso, há violação de uma norma material, a saber, a norma penal incriminadora que prevê a conduta como crime de tortura (Lei n. 9.455/97).

b) provas ilícitas e ilegítimas simultaneamente: as que violam norma de direito material e processual simultaneamente. Por exemplo, a realização de busca e apreensão por um delegado de polícia com violação de domicílio, sem mandado judicial e sem flagrante delito. No caso, há violação de norma penal, pois a conduta é prevista como crime comum de abuso de autoridade (Lei n. 4.898/1965, art. 3º, *b*), bem como de norma processual, que estabelece os requisitos para realização de busca e apreensão domiciliares (Art. 240 a 250 do CPP c/c art. 5º, XI, CR).

c) provas ilegítimas: as que violam norma de direito processual. As provas ilegítimas dizem respeito à produção de prova. Por exemplo, a elaboração do laudo pericial com apenas um perito quando a lei exigia dois peritos (art. 159, *caput*, do CPP, na redação revogada que era dada pela Lei nº 8.862/1994). (FEITOZA, 2009, p. 692).

No sentido acima esposado, as provas ilegítimas seriam aquelas que teriam sua nulidade processual decretada. O mesmo poderia ocorrer com aquelas provas que são ao mesmo tempo ilegítimas e ilícitas, já as que são apenas ilegais são inadmissíveis no processo, devendo ser desentranhadas e não podem, de maneira alguma, servir como fundamento para uma decisão ou sentença judicial.

Cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou a favor da diferenciação.⁹

⁹ DIREITO - ORGANICIDADE E DINÂMICA. AÇÃO CAUTELAR - LIMINAR - HABEAS CORPUS - RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL - INDEFERIMENTO. 1. O Gabinete prestou as seguintes informações: O requerente figura como réu, juntamente com outras pessoas, no processo revelador da Ação Penal nº 2007.71.00.001796-5, em curso perante o Juízo da 1ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul, ante a acusação de haver praticado crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e formação de quadrilha ou bando. Ao término da instrução, pleiteou fosse declarada a ilicitude da prova consubstanciada em certo disco rígido, de propriedade de corréu, que fora apreendido pela Polícia Federal em procedimento de busca e apreensão, e dos laudos periciais com base nela elaborados, alegando que teria sido acessado diretamente e não mediante cópia idêntica, feita por intermédio do denominado espelhamento, o que teria acarretado a alteração do estado original, com a criação de alguns arquivos e a modificação de outros. O Juízo se manifestou no sentido de que os elementos até então coligidos permitiam concluir que a mídia havia sido acessada antes da realização da mencionada providência. Asseverou que alguns dos arquivos nela contidos haviam sido alterados, o que teria ocorrido enquanto o volume estava sob a guarda policial. Consignou que as falhas eram insuficientes a determinar a exclusão da prova e dos laudos formalizados a partir dela, muito embora pudessem vir a acobimá-la de inidônea, o que seria objeto de apreciação em momento oportuno. Aventou a possibilidade de não ter havido alterações substanciais dos dados que embasaram a acusação, o que deveria ser verificado por outros meios. Frisou que a cópia do disco rígido tem como objetivo a perpetuação da prova, inexistindo disposição legal a proibir o acesso direto. Disse da ausência de indicação de montagem de dados. Sem haver sido provocada, a autoridade policial requereu lhe fosse encaminhado o disco para reexame,

Destarte, “[...] a norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório” (OLIVEIRA, 2008, p. 295).

Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias.

pretensão deferida pelo Juízo. Ao restituir a mídia, fez juntar ao processo-crime o Relatório de Missão Policial nº 26/2011 e o Laudo nº 0393/2011-SETEC/SR/DPF/RS, nos quais constam considerações diversas sobre a custódia e a integridade da prova, presentes entrevistas informais realizadas com o proprietário do bem e os policiais que participaram da apreensão. A defesa peticionou visando o desentranhamento desses documentos, ao argumento de que teriam sido produzidos de forma extemporânea e por quem não detém capacidade postulatória. O Juízo não acolheu o pedido, ensejando a impetração de habeas corpus no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A 8ª Turma, contra o voto do relator, indeferiu a ordem e cassou a medida acauteladora concedida. Consignou o descabimento da pretendida queima de etapas para fins de se determinar o desencarte das peças, manifestando-se sobre matéria ainda sujeita ao crivo do primeiro grau de jurisdição. Idêntica medida – de nº 213.448/RS – foi formalizada perante o Superior Tribunal de Justiça. Eis a síntese do pronunciamento da Sexta Turma no qual assentado o prejuízo da liminar anteriormente deferida pela Presidência daquele Tribunal: PROCESSUAL PENAL. PROVA. ILÍCITA E ILEGÍTIMA. DISTINÇÃO. ILEGITIMIDADE DA PROVA NA ESPÉCIE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. DESNECESSIDADE. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO. 1 - A complementação de diligência, feita pela Polícia Federal, após a fase do art. 402 do Código de Processo Penal, mediante autorização do juízo processante, não é causa de ilicitude da prova, pois produzida sob o crivo do contraditório e cuja gênese em momento algum foi questionada pela defesa. Nulidade inexistente que elide a necessidade de sua retirada dos autos, pois ainda poderá ou não ser objeto de apreciação pelo juiz, quando formar sua convicção para proferir sentença. 2 - Distinção doutrinária entre ilicitude e ilegitimidade de prova. 3 - Inexistência de flagrante ilegalidade, na espécie, apta a fazer relevar a impropriedade da via, apresentada como substitutiva de recurso ordinário. 4 - Habeas corpus não conhecido. Os embargos declaratórios voltados a imprimir efeitos modificativos a essa decisão não foram providos. Disso resultou a interposição do Recurso Ordinário nº 120.693/RS, dirigido a impugnar os argumentos refutados pelo Superior. Nesta ação cautelar, a defesa busca a suspensão do processo-crime até que seja julgado o recurso em questão, o qual veio concluso a Vossa Excelência em 19 de dezembro de 2013, com manifestação da Procuradoria Geral da República pelo não conhecimento, ante o óbice do artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal “compete ao Supremo julgar, em recurso ordinário o habeas corpus, decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.” Segundo o requerente, a medida mostra-se necessária, porque o Supremo só virá a dirimir a controvérsia entre o que é prova ilícita e ilegítima na apreciação do recurso ordinário. Diz da relevância da matéria veiculada, questionando se à Polícia seria permitido realizar, em processo penal com instrução encerrada, laudo de “análise da decisão interlocutória” e, revelando-se positiva a resposta, se os documentos decorrentes de tal exame poderiam, eventualmente, permanecer no processo. Aduz estarem presentes todos os requisitos para o deferimento da providência postulada. Alude ao implemento das liminares pelas instâncias de origem como a demonstrar a fumaça do bom direito. No tocante ao perigo na demora, aponta o fato de haver sido determinada à defesa a apresentação de memoriais, cujo prazo expirará no dia 21 de fevereiro de 2014. O processo está aparelhado para o exame do pleito. 2. Observem a organicidade e a dinâmica do Direito. Fez-se surgir mais um processo no âmbito do Supremo, quando a providência nele pleiteada poderia ter sido veiculada naquele revelador do recurso ordinário constitucional pendente. O fato não obstaculiza o exame do pleito. O processo-crime encontra-se em andamento na origem e pretende-se, na via do habeas corpus, afastar elementos coligidos. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região ressaltou a falta de oportunidade da providência, porquanto representaria a queima de etapa. O Superior Tribunal de Justiça adentrou, julgando idêntica medida, o tema de fundo e buscou demonstrar a distinção doutrinária entre ilicitude e ilegitimidade de prova, apontando que a complementação da diligência pela Polícia Federal decorreu de autorização do Juízo. A par desses aspectos, há questão alusiva à sucessividade de impetrações. 3. Indefiro a liminar. 4. Procedam à apensação deste processo ao do recurso ordinário pendente de nº 120.693/RS. 5. Publiquem. Brasília (STF - AC: 3558 RS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 25/02/2014, Data de Publicação: DJe-053 DIVULG 17/03/2014 PUBLIC 18/03/2014). (BRASIL, 2014b).

No que se refere à questão da qualidade da prova, o reconhecimento da ilicitude do meio de obtenção da prova já impede o aproveitamento de métodos cuja idoneidade probatória seja previamente questionada, como ocorre, por exemplo, na confissão obtida mediante tortura, ou mediante hipnose, ou ainda pela ministração de substâncias químicas (soro da verdade etc.). De outro lado, a vedação das provas obtidas ilicitamente também oferece repercussão no âmbito da igualdade processual, no ponto em que, ao impedir a produção probatória irregular pelos agentes do Estado – normalmente os responsáveis pela prova –, equilibra a relação de forças relativamente à atividade instrutória desenvolvida pela defesa. (OLIVEIRA, 2008, p. 295).

Além disso, “a vedação da prova não ocorre unicamente em relação ao meio escolhido, mas também em relação aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova” (OLIVEIRA, 2008, p. 296). Destarte, uma interceptação telefônica, poderá ser lícita se autorizada pelo juiz ou ilícita se não autorizada. Na primeira situação, a violação do direito à privacidade e/ou intimidade é permitida, já, no segundo, não é permitido, resultando, portanto, uma violação indevida daqueles valores.

Por fim, quanto à distinção entre prova ilícita e ilegítima, sua pertinência diz respeito tão somente para facilitar a compreensão “do que sejam momentos de obtenção, introdução e produção e, ainda, de valoração da prova, quanto às consequências jurídicas, porém, não tem qualquer utilidade” (OLIVEIRA, 2008, p. 316). Com efeito, “seja como for, uma (prova ilícita) e outra (prova ilegítima) são inadmissíveis no processo” (OLIVEIRA, 2008, p. 316). Há que se explicar que o Estado não pode se valer da própria torpeza para realizar seus ditames, seria contrário aos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Já adentrando as teorias das provas ilícitas por derivação, esclarece Vicente Greco Filho (2013) que a finalidade da prova é o convencimento do juiz, o qual é o destinatário dela. Assim, no processo, a prova não tem um fim em si mesma, tampouco, um fim moral ou filosófico, destarte, sua finalidade prática é a de convencer o juiz, não se procurando a certeza absoluta, tendo em vista que ela é sempre impossível e sim a certeza relativa, apta a ensejar uma convicção do magistrado.

Neste sentido, provas ilícitas por derivação são aquelas obtidas de acordo com o ordenamento jurídico, ou seja, de maneira lícita, contudo a sua origem é oriunda, derivada, de uma prova colhida de modo ilícito. Destarte, a prova que seria lícita, acaba se tornando ineficaz e imprópria, eis que não fosse a origem ilícita ela não teria sido obtida.

Conforme visto acima, se a finalidade da prova é conceder elementos de convicção ao juiz, ela não pode se basear em provas ilícitas ou ilegítimas. Assim é que, “[...] a teoria dos *fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída

à jurisprudência norte americana, nada mais que é a simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas” (OLIVEIRA, 2008, p. 310).

A esse respeito, Antonio Magalhães Gomes Filho (2009, p. 267) aduz que:

[...] é impossível negar *a priori* a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial, não somente por um critério de causalidade, mas principalmente em razão da finalidade com que são estabelecidas as proibições em análise. De nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz – nessa matéria importa ressaltar o elemento profilático, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça penal.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou em casos concretos, aduzindo acerca da impossibilidade de provas obtidas por derivação ilícita¹⁰.

¹⁰ PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI)- ILCITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO “CASA”, PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE “CASA” PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) - SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE “CASA” - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. - Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes. - Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito (“invito domino”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF). ILCITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO RÉGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. - A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do “dueprocessoflaw”, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. - A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a

Com efeito, a teoria tem como norte evitar que os produtos da prova ilícita pudessem se beneficiar desta prova para obtenção de uma nova prova, “[...] cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da lei, na segunda operação” (OLIVEIRA, 2008, p. 310).

No caso *Silverthorne Lumber Co. v. U.S* (1920), a Suprema Corte considerou inválida uma intimação que tinha sido expedida com base numa informação obtida por meio de uma busca ilegal. A acusação não poderia usar no processo a prova obtida diretamente da busca ilegal, nem a prova obtida indiretamente por meio da intimação baseada nessa busca. O ‘princípio da exclusão’ seria aplicável a todas as provas contaminadas pela busca inconstitucional. Mais tarde, essa extensão do ‘princípio da exclusão’ às provas derivadas passou a ser denominada ‘*fruits of the poisonous tree doctrine*’. Inicialmente foi aplicada como extensão da ‘regra de exclusão’ da 4ª Emenda, mas, depois, foi estendida às demais ‘regras de exclusão’, como as da 6ª Emenda e da 5ª Emenda à Constituição americana. (FEITOZA, 2009, p. 698).

cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do “*male captum, bene retentum*”. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOUTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do “*due process of law*” e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos “*frutos da árvore envenenada*”) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. - Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (“AN INDEPENDENT SOURCE”) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS “*SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES* (1920); *SEGURA V. UNITED STATES* (1984); *NIX V. WILLIAMS* (1984); *MURRAY V. UNITED STATES* (1988)”, v.g. (BRASIL. 2007).

A Lei nº 11.690/2008 deu nova redação ao artigo 157, § 1º do Código de Processo Penal, reconheceu a teoria da prova ilícita por derivação, senão veja: “são também inadmissíveis, as provas derivadas das ilícitas” (BRASIL, 1941).

Todavia, tal teoria tem várias limitações, a exemplo da “limitação da fonte independente” (*independent source limitation*), a “limitação da descoberta inevitável” (*inevitable Discovery limitation*) e a “limitação da contaminação expurgada” (*purged taint limitation*).

A denominada doutrina da “fonte independente” é uma exceção às provas obtidas por derivação, apregoando que um elemento de prova não será considerado ilícito ou viciado e, por conseguinte, admissível no processo, se for obtido de uma fonte diferente daquela em que se originou a ilicitude, contudo, apenas se essa fonte for anterior ou simultâneo à ilegalidade.

De fato, a doutrina da “limitação da fonte independente” foi aplicada no caso *Bynum v. U.S.*, em 1960, no qual, num primeiro momento, a Corte havia excluído a identificação dactiloscópica que havia sido realizada durante a prisão ilegal do acusado Bynum. “Quando este foi novamente ‘processado’, o ‘governo’ utilizou um antigo conjunto de planilhas dactiloscópicas de Bynum que se encontrava nos arquivos do FBI e que correspondiam às impressões digitais encontradas no local do crime” (FEITOZA, 2009, p. 699). Com efeito, a polícia usou as planilhas independente da prisão ilegal e tendo em vista que as planilhas haviam sido colhidas sem relação com o crime que era investigado dessa vez. Assim as antigas planilhas puderam ser admitidas como uma prova adquirida independentemente, não relacionada à prisão ilegal.

Em outro caso, *Murray v. U.S.*, em 1988,

[...] uma corte inferior aplicou a doutrina da fonte independente, entendendo que a polícia: a) inicialmente tinha ‘causa provável’ (‘indícios’ probatórios necessários) para obter um mandado de busca e apreensão para contrabando; contrabando procurado estava realmente ali; c) depois, deixou a ‘casa’ e obteve um mandado baseado unicamente na ‘causa provável’ obtida previamente (isto é, sem qualquer referência à informação obtida durante a entrada ilegal); d) então, retornou com o mandado e apreendeu o contrabando na execução deste mandado. A maioria da Suprema Corte americana entendeu que a doutrina da fonte independente se aplicaria à situação descrita, desde que, nesse caso concreto, uma avaliação adicional das provas fosse feita, baixando, então, o processo para instância inferior. (FEITOZA, 2009, p. 699).

O artigo 157 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.690/2008, reconheceu limitações à teoria da prova ilícita por derivação, aduzindo o que seja “fonte independente”:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). (BRASIL, 1941).

Todavia, entende Denilson Feitoza que a teoria da fonte independente foi definida impropriamente no Brasil, “nos termos do que se entende como ‘descoberta inevitável’, nos EUA, a qual veremos adiante, inclusive quanto à constitucionalidade” (FEITOZA, 2009, p. 699).

Destarte, tal teoria baseia-se primordialmente na inexistência “fática de relação de causalidade ou de dependência lógica ou temporal (produção da prova posteriormente à ilícita). Fonte de prova independente é isso: prova não relacionada com os fatos que geraram a prova contaminada” (OLIVEIRA, 2008, p. 311).

Inexiste, pois afronta ao artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal, eis que a prova derivada da ilícita permanecerá inadmissível no processo, sendo admissíveis apenas os elementos de provas consideradas oriundas de fonte independente, autônoma e que esteja de acordo com a lei.

A teoria da limitação da descoberta inevitável (“*inevitable discovery limitation*”) foi aplicada no caso *Nix v. Williams*, em 1984, em que, por meio de uma declaração obtida de maneira ilegal do acusado, descobriu-se a localização do corpo de uma vítima de homicídio, todavia, mais de duzentos voluntários já procuravam pelo corpo, que eventualmente teria abrangido o local onde o cadáver foi encontrado. Neste sentido, a “Suprema Corte entendeu que a ‘doutrina dos frutos’ não impediria a admissão de prova derivada de uma violação constitucional, se tal prova teria sido descoberta ‘inevitavelmente’ por meio de atividades investigatórias lícitas” (FEITOZA, 2009, p. 700).

Portanto, se após a análise, houvesse uma decorrência lógica, de que haveria descoberta independentemente da prova obtida de forma ilegal, ela deverá ser admitida. Essa teoria foi adotada no Brasil, por meio da Lei nº 11.690/2008, no § 2º do artigo 157 do Código de Processo Penal: “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, 1941).

O Superior Tribunal de Justiça já aplicou esta teoria:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. OBTENÇÃO DE DOCUMENTO DE TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA SUPOSTAMENTE ILEGAL. ILICITUDE DAS DEMAIS PROVAS POR DERIVAÇÃO. PACIENTES QUE NÃO PODEM SE BENEFICIAR COM A PRÓPRIA TORPEZA. CONHECIMENTO INEVITÁVEL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Ao se debruçar sobre o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição Federal, é necessário que se faça sua interpretação com temperamentos, afinal, inexistente, no ordenamento pátrio, direito absoluto. Assim, diante do caso concreto, cabe ao intérprete fazer uma ponderação de valores. 2. A inviolabilidade dos sigilos é a regra, e a quebra, a exceção. Sendo exceção, deve-se observar que a motivação para a quebra dos sigilos seja de tal ordem necessária que encontre apoio no princípio da proporcionalidade, sob pena de se considerarem ilícitas as provas decorrentes dessa violação. 3. Assim, a par da regra da liberdade dos meios de prova, excetua-se a utilização daquelas obtidas por meios ilegais, conforme dispõe o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, inserindo-se, nesse contexto, as oriundas da quebra de sigilo sem autorização judicial devidamente motivada. 4. Entretanto, no caso, há que se fazer duas considerações essenciais que afastam, por completo, a proteção que ora é requerida por meio de reconhecimento de nulidade absoluta do feito. A primeira diz respeito a própria essência dessa nulidade que, em tese, ter-se-ia originado com a publicidade dada pelo banco ao sobrinho da vítima, que também era seu herdeiro. Tratou-se toda a operação bancária de um golpe efetivado por meio de um engodo. Titularidade solidária que detinha uma das pacientes e que agora é reclamada para efeitos de autorização legal, decorreu de ilícito efetivado contra vítima. 5. Pretende-se, na verdade, obter benefício com a própria prática criminosa. Impossibilidade de se beneficiar da própria torpeza. 6. A segunda consideração, não menos importante, é que o extrato ou documento de transferência foi obtido por herdeiro da vítima, circunstância que ocorreria de qualquer maneira após a sua habilitação em inventário, a ensejar, da mesma maneira, o desenrolar do processo tal qual como ocorreu na espécie. 7. Acolhimento da teoria da descoberta inevitável; a prova seria necessariamente descoberta por outros meios legais. No caso, repita-se, o sobrinho da vítima, na condição de herdeiro, teria, inarredavelmente, após a habilitação no inventário, o conhecimento das movimentações financeiras e, certamente, saberia do desfalque que a vítima havia sofrido; ou seja, a descoberta era inevitável. 8. Ordem denegada. (BRASIL, STJ, 2010, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 16/09/2010, T6 - SEXTA TURMA). (BRASIL, 2014a).

Neste caso, o STJ aplicou a teoria da descoberta inevitável, pois inobstante a ilicitude original, baseada na decisão nula, sem motivação, a prova em teoria ilícita seria descoberta de qualquer forma, ainda que posteriormente, de forma que não há lógica em se declarar a ilicitude de uma prova que de qualquer maneira seria descoberta.

Cumpra consignar acerca do que seria “trâmites típicos e de praxe”, sua definição deverá ser “[...] inferido por raciocínio indutivo, baseado no que se costuma fazer na prática da investigação e da instrução criminal” (FEITOZA, 2009, p. 700).

Já a teoria da limitação da contaminação expurgada (“*purged taint limitation*”) ou da Conexão Atenuada (“*attenuated connection limitation*”) foi aplicada no caso denominado *Wong Sun v. U.S.* (1963), no qual “policiais da delegacia de entorpecentes prenderam ilegalmente ‘A’, o qual, quase imediatamente depois, acusou ‘B’ de ter vendido a droga” (FEITOZA, 2009, p. 701). Destarte, em posse de tal informação os policiais prenderam, de “maneira ilegal, ‘B’, o qual atribuiu a culpa a ‘C’, que também foi preso, dias depois, após ‘C’ ter sido libertado, ‘C’ voluntariamente confessou oralmente aos policiais da delegacia de entorpecentes, durante seu interrogatório policial” (FEITOZA, 2009, p. 701).

Neste sentido, a Suprema Corte norte-americana rejeitou a apreensão de droga encontrada com B e as declarações, por terem sido frutos da entrada ilegal na sua casa. Contudo, “rejeitou que a confissão de ‘C’ fosse fruto de sua prisão ilegal, pois, embora ‘C’ pudesse confessar, depois de ter sido solto e alertado de seus direitos, tinha tornado a conexão entre a prisão e a declaração tão atenuada que a ‘nódoa’ da ilegalidade tinha se dissipado” (FEITOZA, 2009, p. 701).

Acerca do julgado acima mencionado elucida Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 901):

Da análise do caso *Wong Sun v. US*, embrião da limitação da mancha purgada, depreende-se que um vício de ilicitude originário pode ser expurgado, ou seja, removido, por meio de um ato independente interveniente, praticado pelo acusado ou por um terceiro, a determinar a interrupção da corrente causal entre a ilegalidade originária e a prova subsequente.

Ou seja, o vício é tão insignificante, que o ato independente é suficiente para expurgar o vício, a ilegalidade existente. Assim, esclarecem Rosmar Antonni e Nestor Távora (2009, p. 318):

[...] é possível que o vínculo entre a prova ilícita e a derivada seja tão tênue ou superficial que acabe não havendo contaminação. Esta seria expurgada. Percebe-se que a ausência de vínculo não é absoluta. Este existe, porém acaba sendo tão insólito que é irrelevante, preservando-se a ilicitude da prova derivada.

Destarte, essa nódoa inicial seria excluída por um ato independente “[...] praticado por um acusado ou por uma terceira parte, que interrompa a corrente causal

entre a ilegalidade e a prova, de uma tal maneira que a prova não seja vista como tendo sido obtida pela exploração (aproveitamento) desta ilegalidade” (FEITOZA, 2009, p. 701).

Todavia, a adoção dessa teoria pelo ordenamento jurídico pátrio não é pacífica, tendo em vista que “[...] há um certo nexos – embora distante – entre a prova colhida e a ilícita” (MENDONÇA, 2008, p. 177).

Além disso, nas ressalvas acarretadas pela Lei nº 11.690/2008 e na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, não é possível observar guarida à referida teoria. Não obstante isso, parte da doutrina defende que, com a Lei supracitada, “[...] a teoria da contaminação expurgada poderia ser enquadrada na hipótese ampla do §1º do art. 157” (MENDONÇA, 2008, p. 177).

Neste sentido, aduz Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 902):

Apesar de não haver qualquer referência expressa à limitação da tinta diluída ao se referir o dispositivo à ausência de nexos de causalidade entre a prova ilícita originária e a prova subsequente, pode-se daí extrair a adoção da referida teoria. Isso porque, segundo a teoria em questão, o vício da ilicitude originária, quando atenuado em virtude do decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes, da magnitude da ilegalidade funcional ou da colaboração voluntária de um dos envolvidos, faz desaparecer o nexos causal entre a prova ilícita originária e a prova subsequente, não sendo viável falar-se em prova ilícita por derivação.

Renato Brasileiro de Lima avisa que “[...] apesar de guardar certas semelhanças com a limitação da fonte independente, a teoria da mancha purgada com ela não se confunde” (LIMA, 2011, p. 902). Destarte, de acordo com a teoria da fonte independente da prova, a extrusão do nexos causal existente entre a prova ilícita originária e a por derivação provém do fato desta ter uma fonte independente da outra.

Por outro lado, analisando a limitação da marcha expurgada, “o decurso do tempo, de circunstâncias supervenientes na cadeia probatória, da menor relevância da ilegalidade ou da vontade de um dos envolvidos colaborar com a persecução criminal” (LIMA, 2011, p. 901), abranda o nexos de causalidade existente entre a prova ilicitamente adquirida e sua derivação, suprimindo qualquer contágio.

2.7 O Princípio da Proporcionalidade e as Provas Ilícitas

Surgindo uma colisão entre princípios ou, melhor dizendo, valores acobertados por dois ou mais princípios de cunho constitucional, torna-se imprescindível realizar a

hermenêutica jurídica, a fim de ponderar qual destes princípios serão aplicados no caso concreto, utilizando-se da proporcionalidade, a fim de solucionar a colisão.

É a proporcionalidade o meio mais eficaz para a solução de colisão de direitos fundamentais, pois possui natureza de regra jurídica e, neste sentido, a doutrina e a jurisprudência tem admitido sua utilização em matéria de provas ilícitas.

De fato, “[...] a temática das proibições de prova se funda não somente na necessidade de se assegurar uma mais correta reconstrução dos fatos, mas também ressalta a ideia de que a atividade probatória deve ser limitada diante da tutela conferida pelo ordenamento” (NORONHA, 2002, p. 104) a valores tidos como fundamentais e inerentes à pessoa humana e que se sobrepõe à busca pela verdade judicial.

Não obstante isso, existem situações especiais, nas quais a preponderância de interesses na obtenção da prova se sobrepõe ao “[...] valor cuja proteção é almejada pela regra de proibição: fala-se então em razoabilidade ou proporcionalidade, como princípio que autorizaria a superação das vedações probatórias” (NORONHA, 2002, p. 104).

De acordo com a lição de Humberto Ávila (2006, p. 116), “o postulado da proporcionalidade exige adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável”.

Torna-se necessário, pois, realizar análise das três sub-regras da proporcionalidade, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade (sentido estrito). Com efeito, ao realizar a interpretação casuística deverá constar qual o direito fundamental que deverá preponderar no caso concreto.

No plano da previsão normativa e, mais especificamente, no plano das normas constitucionais, por vezes será também impossível a proteção de todos os direitos assegurados na ordem jurídica, pelo fato de que, muito mais frequentemente do que se imagina, o exercício de um, por alguém impedirá ou atingirá o exercício de outro, de um terceiro. Os exemplos são vários bastando a referência às eventuais tensões presentes na aplicação de normas garantidoras do direito à livre informação (art. 5º, IV e IX) e o direito à imagem e à honra (art. 5º, X), bem como entre o direito à segurança pública e o direito à liberdade individual, ambos alinhados no *caput* do citado art. 5º. [...]

O critério hermenêutico mais utilizado para resolver eventuais conflitos ou tensões entre princípios constitucionais igualmente relevantes baseia-se na chamada ponderação de bens e/ou de interesses, presente até mesmo nas opções mais corriqueiras da vida cotidiana. O exame normalmente realizado em tais situações destina-se a permitir a aplicação, no caso concreto, da proteção mais adequada possível a um dos direitos em risco, e da maneira menos gravosa ao(s) outro(s). Fala-se, então, em proporcionalidade. (OLIVEIRA, 2008, p. 320).

Assim, “a doutrina brasileira se tem posicionado pela admissibilidade de provas ilícitas na hipótese de aplicação do princípio da proporcionalidade. Neste sentido, Antonio Scarance Fernandes [...] José Carlos Barbosa Moreira, Ada P. Grinover”, entre outros (FEITOZA, 2009, p. 701).

Há entendimento majoritário de que a “prova ilícita *pro reo*” é aplicável, sem maiores discussões, uma vez que servirá para absolver ou minimizar a culpa do acusado. Todavia, a utilização da prova ilícita para fundamentar a acusação, para favorecê-la, não deve ser reconhecida, tendo em vista os princípios da dignidade humana e da liberdade deverão ser considerados mais relevantes, não devendo haver detrimento em favor do direito de punir. Nesse contexto, José Carlos Barbosa Moreira (1997, p. 127) questiona:

Como se procederá, se um acusado consegue demonstrar de maneira cabal sua inocência, com apoio em prova que se descobre ter sido ilicitamente adquirida? Algum juiz se animará a perpetrar injustiça consciente, condenando o réu, por mero temor de contrair à proibição de fundar a sentença na prova ilícita?

Destarte, Eugênio Pacelli de Oliveira (2008) entende que a aplicação do princípio da proporcionalidade quanto ao aproveitamento de provas ilícitas só pode ser utilizada se aproveitar à defesa e a preocupação quando esta é aproveitada pela acusação, já que a prova da inocência do réu deve ser sempre aproveitada. “Em um Estado de Direito não há como se conceber a ideia da condenação de alguém que o próprio Estado acredita ser inocente” (OLIVEIRA, 2008, p. 321). Aduz, ainda, que o aproveitamento da prova pela defesa constitui critério objetivo de proporcionalidade:

- a) a violação de direitos na busca da prova da inocência poderá ser levada à conta do estado de necessidade, excludente de ilicitude;
- b) o princípio da inadmissibilidade da prova ilícita constitui-se em garantia individual expressa, não podendo ser utilizado contra quem é o seu primitivo e originário titular. (OLIVEIRA, 2008, p. 322).

Neste sentido, tem-se que o texto constitucional não pode se coadunar com equívoco judiciário, razão pela qual é inadmissível que um inocente seja condenado apenas porque a prova que o inocente não foi arranjada por meios lícitos.

Nesta linha de raciocínio, destaca-se o voto do Ministro Celso de Mello, no julgamento do AP 307-31-DF:

[...] A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito a não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado [...]. (BRASIL, 1995).

O entendimento majoritário é que as provas ilícitas só podem ser utilizadas quando forem para beneficiar o réu, eis que não há que cogitar a condenação do acusado apenas porque as provas que o inocentam sejam ilícitas.

Todavia, Barbosa Moreira (1997) entende que a admissibilidade da prova ilícita por aplicação do princípio da proporcionalidade também pode ser aproveitada pela acusação, seria o que se chama de prova ilícita *pro societate*, cujo fundamento seria o princípio da isonomia, eis a crescente da criminalidade¹¹.

¹¹ Interessantes julgados admitindo a utilização de prova ilícita: Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n. 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensão, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do “prontuário médico” da reclamante. (Rcl 2040 QO / DF - DISTRITO FEDERAL - QUESTÃO DE ORDEM NA RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA Julgamento: 21/02/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ DATA-27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01 PP-00129). CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa. II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação “*the fruits of the poisonous tree*” não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é

[...] modernamente a denominada teoria da proporcionalidade em matéria de proibição de prova, sedimentada sobretudo na jurisprudência do BGH alemão, com considerável acolhida também em sede doutrinária: afirma-se, em linha gerais, que a efetiva realização da justiça penal constitui um importante interesse do Estado de Direito, que, em determinadas circunstâncias, pode justificar o sacrifício dos direitos individuais; à vista disso, entende-se legítima a derrogação de certas regras de exclusão de provas, ditadas pelo interesse de proteção ao indivíduo, em nome da prevenção e repressão das formas mais graves de criminalidade. (NORONHA, 2002, p. 105).

Todavia, a aplicação do princípio da proporcionalidade, principalmente quando utilizada pela acusação, deve ser realizada analisando os três elementos estruturadores do princípio da proporcionalidade, os quais estabelecem limites. Por meio do princípio da adequação se busca averiguar se será provável atingir o fim almejado; depois, analisando o princípio da necessidade observa-se se o meio selecionado pelo jurista, tem menor grau de restrição ao direito fundamental intrincado; por derradeiro, pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, avalia se o meio escolhido é ou não desproporcional relativamente ao fim pretendido.

Não obstante a defesa da aplicação do princípio da proporcionalidade para condenação do réu, há de explicar que são importantes as críticas tecidas daqueles que entendem ser intolerável “[...] uma compressão dos direitos fundamentais para a repressão de determinados delitos, pois isso significa admitir uma banalização dos referidos direitos, cuja eficácia, na matéria examinada, ficaria limitada aos agentes de delitos menos graves” (NORONHA, 2002, p. 105) e sendo o crime de maior gravidade sempre existiria um desrespeito aos direitos fundamentais.

A esses argumentos, cuja validade nos parece inquestionável, poder-se-ia ainda acrescentar que essa disparidade de tratamento conduziria a uma sistemática violação da presunção de inocência dos acusados de infrações mais graves, pois à simples imputação já se seguiriam efeitos negativos, não só no âmbito do processo, mas, igualmente, no campo dos direitos constitucionais protegidos pelas proibições das provas mencionadas. Ademais, a qualificação dos fatos, como mais ou menos graves, no limiar das investigações, acabaria fatalmente por abrir um espaço incontrolável à discricionariedade (senão ao arbítrio) dos agentes policiais. (NORONHA, 2002, p. 106).

possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido” (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.). (BRASIL, 2005).

Sobre a utilização do princípio da proporcionalidade, interessante julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em parte colacionado¹².

¹² Embora a ideia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de lege ferenda, enveredar por flexibilizações arriscadas.

Também sustentando a tese de que o Estado não pode, especialmente em sede processual penal, valer-se de provas ilícitas contra o acusado, ainda que sob invocação do princípio da proporcionalidade, impõe-se relembrar o entendimento de EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO (“O Direito à Defesa na Constituição”, p. 54/56, item n. 5.9, 1994, Saraiva) e de GUILHERME SILVA BARBOSA FREGAPANI (“Prova Ilícita no Direito Pátrio e no Direito Comparado”, in Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios nº 6, p. 231-235).

Cabe ter presente, ainda, que o princípio da proporcionalidade não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos. Esse postulado, portanto, não deve ser invocado indiscriminadamente, ainda mais quando se acharem expostos, a clara situação de risco, direitos fundamentais assegurados pela Constituição, como ocorre na espécie ora em exame, em que se decidiu, na esfera do Tribunal *a quo*, que a prova incriminadora dos ora recorridos foi produzida, na causa penal, com ofensa às cláusulas constitucionais que tutelam a inviolabilidade domiciliar e preservam a garantia da intimidade.

Sob tal perspectiva, tenho como incensurável a advertência feita por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988”, p. 249/266, in “Os 10 Anos da Constituição Federal”, coordenação de ALEXANDRE DE MORAES, 1999, Atlas):

“Após dez anos de vigência do texto constitucional, persistem as resistências doutrinárias e dos tribunais à proibição categórica e absoluta do ingresso, no processo, das provas obtidas com violação do direito material. Isso decorre, a nosso ver, em primeiro lugar, de uma equivocada compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, que não pode significar liberdade absoluta na condução do procedimento probatório nem julgamento desvinculado de regras legais. Tal princípio tem seu âmbito de operatividade restrito ao momento da valoração das provas, que deve incidir sobre material constituído por elementos admissíveis e regularmente incorporados ao processo.

De outro lado, a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes às formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de provas maculadas pela ilicitude, sob a justificativa da proporcionalidade ou razoabilidade. Conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional. Ademais, certamente não será com o incentivo às práticas ilegais que se poderá alcançar resultado positivo na repressão da criminalidade.”

Cumpre analisar, finalmente, o fundamento do acórdão recorrido, no ponto em que reputou ilegítima, sob uma perspectiva estritamente constitucional, a “perícia de verificação do local do delito” (v. laudo a fls. 98/103).

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás entendeu que a diligência probatória em questão, realizada sem mandado judicial no consultório odontológico de Waldemar Lopes de Araújo, e sem autorização deste (consoante expressamente reconhecido, em juízo, pelos agentes policiais que participaram do levantamento pericial - fls. 211/212), importou em transgressão ao art. 5º, XI, da Constituição, pelo fato de a perícia ali efetivada - de que resultaram elementos de informação contrários aos acusados (fls. 16) - haver sido procedida em local juridicamente qualificado como de natureza domiciliar (CP, art. 150, § 4º, III).

Também aqui entendo assistir plena razão ao Tribunal de Justiça de que emanou o acórdão ora recorrido, pois a ilicitude por ele proclamada teve por fundamento o reconhecimento de que a questionada atividade probatória do Poder Público - precisamente porque realizada sem ordem judicial - violou, efetivamente, a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

Impende acentuar, neste ponto, por necessário, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece, como abrangido pela proteção constitucional reservada ao domicílio, o local onde alguém, como Waldemar Lopes de Araújo (que é cirurgião-dentista), exerce determinada atividade profissional (RTJ 162/3, 244-258).

A proteção constitucional ao domicílio emerge, com inquestionável nitidez, da regra inscrita no art. 5º, XI, da Carta Política, que proclama, em norma revestida do mais elevado grau de positividade jurídica, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”

A Carta Federal, pois, em cláusula que tornou juridicamente mais intenso o coeficiente de tutela dessa particular esfera de liberdade individual, assegurou, em benefício de todos, a prerrogativa da inviolabilidade domiciliar. Sendo assim, ninguém, especialmente a autoridade pública, pode penetrar em casa alheia, exceto

Embora exista na legislação brasileira a defesa da possibilidade de admissão da prova ilícita, ainda que obtida em violação às normas constitucionais, em situações excepcionais, quando o objetivo é proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na produção probatória e também constitucionalmente protegidos, a exemplo de “[...] Baur, Barbosa Moreira, Renato Maciel, Hermano Duval, Camargo Aranha, Moniz Aragão” (FERNANDES, 2012, p. 90).

(a) nas hipóteses previstas no texto constitucional ou (b) com o consentimento de seu morador, que se qualifica, para efeito de ingresso de terceiros no recinto privado, como o único titular do direito de inclusão e de exclusão.

Impõe-se destacar, por necessário, que o conceito de “casa”, para os fins da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo, pois compreende, na abrangência de sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade.

Esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de “casa” - que abrange e se estende aos consultórios profissionais dos cirurgiões-dentistas (DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código Penal Anotado”, p. 505-506, 10ª ed., 2000, Saraiva) - revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal (RT 214/409 - RT 277/576 - RT 467/385 - RT 635/341).

É por essa razão que a doutrina - ao destacar o caráter abrangente desse conceito jurídico - adverte que o princípio da inviolabilidade domiciliar estende-se ao espaço em que alguém exerce, com exclusão de terceiros, qualquer atividade de índole profissional (PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969”, tomo V/187, 2ª ed./2ª tir., 1974, RT; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentários à Constituição de 1988”, vol. I/261, item n. 150, 1989, Forense Universitária; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 1/82, 1989, Saraiva; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 1/36-37, 1990, Saraiva; CARLOS MAXIMILIANO, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. III/91, 1948, Freitas Bastos; DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI, “Inviolabilidade do Domicílio na Constituição”, p. 70-78, 1993, Malheiros, v.g.).

Sendo assim, nem a Polícia Judiciária, nem o Ministério Público, nem a administração tributária, nem quaisquer outros agentes públicos podem, a não ser afrontando direitos assegurados pela Constituição da República, ingressar em domicílio alheio, sem ordem judicial ou sem o consentimento de seu titular (como ocorreu no caso, segundo reconheceram, em juízo, os próprios agentes policiais - fls. 211/212), com o objetivo de, no interior desse recinto, procederem a qualquer tipo de perícia (é a hipótese dos autos) ou de apreenderem, sempre durante o período diurno, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público.

Em suma: a essencialidade da ordem judicial, para efeito de realização de qualquer diligência de caráter probatório, em área juridicamente compreendida no conceito de domicílio, nada mais representa, dentro do novo contexto normativo emergente da Carta Política de 1988, senão a plena concretização da garantia constitucional pertinente à inviolabilidade domiciliar.

Daí a advertência - que cumpre ter presente - feita por CELSO RIBEIRO BASTOS, no sentido de que, tratando-se do ingresso de agentes estatais, em domicílio alheio, sem o consentimento do morador, “é forçoso reconhecer que deixou de existir a possibilidade de invasão por decisão de autoridade administrativa, de natureza policial ou não. Perdeu portanto a Administração a possibilidade da auto-executoriedade administrativa” (“Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/68, 1989, Saraiva).

Vê-se, portanto, tendo-se presentes as circunstâncias do caso ora em exame, que a Polícia Judiciária incidiu em dupla ilicitude em suas diligências probatórias, provendo o Ministério Público com elementos informativos que não podiam ser utilizados, no processo, contra os ora recorridos, porque contaminados pelo vício da transgressão constitucional.

Não vejo, desse modo, como acolher a postulação recursal deduzida pelo Ministério Público do Estado de Goiás.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, não conheço do presente recurso extraordinário.

Devolvam-se os autos ao E. Superior Tribunal de Justiça, que os encaminhou a esta Corte, por vislumbrar, corretamente, a ocorrência, no caso, de uma típica hipótese de prejudicialidade (fls. 646/652). Publique-se. RE 251.445-GO RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. (BRASIL, 2000).

Todavia, a limitação aos direitos fundamentais deve estar amparada pela correta análise e autorização judicial, conforme exceções previstas no próprio texto constitucional (art. 5º, XII, CF/88), eis que não se justificaria deixar ao arbítrio da autoridade policial obter a prova por meio ilícito para influir na autoridade judiciária.

Assim, embora pareça, inexistente incongruência entre “a rejeição do critério da proporcionalidade para a prova ilícita *pro societate* [...] uma vez que a estatura dos valores confrontados com o direito à prova – o interesse da punição dos delitos ou a tutela da inocência – é diversa” (NORONHA, 2002, p. 107).

Apesar disso, importa esclarecer que, ao menos no Brasil, “[...] raros e excepcionais são os casos em que a defesa se serve de meios ilícitos para a obtenção de provas, ao passo que essa mesma prática é sabidamente rotineira na atividade policial” (NORONHA, 2002, p. 107) e por tal motivo, com maior rigor deve ser coibida.

3 A VERDADE NO PROCESSO PENAL

3.1 A Atividade Probatória como Alcance da Verdade

A procura pela verdade dos fatos sobre determinado acontecimento delituoso é de ímpar importância para a verificação da responsabilidade do agente e a consequente imposição de uma sanção penal, tendo em vista ser a liberdade do indivíduo o direito que está em risco de ser limitado.

Sendo assim, para se alcançar uma decisão justa no processo penal, é necessária a colheita de todos os elementos hábeis, aptos a demonstrar e recriar determinado fato delituoso cometido no passado, sem limitações e de forma mais ampla possível. Por isso vigora no Direito Processual Penal o princípio da verdade real, em que o Juiz não deve se contentar com as provas trazidas pelas partes para obtenção da verdade, podendo requisitar produção de provas de ofício, tendo em vista o bem jurídico que está em jogo: a liberdade do cidadão, aliás esse seria o argumento que justificaria a atuação do juiz dentro do processo.

Assim ensina Júlio Fabbrini Mirabete (2008, p. 252):

Como no processo penal brasileiro vige o princípio da verdade real, não há limitação dos meios de prova. A busca da verdade material ou real, que preside a atividade probatória do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objetivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade. Visando o processo penal o interesse público ou social de repressão ao crime, qualquer limitação à prova prejudica a obtenção da verdade real e, portanto, a justa aplicação da lei.

Lima (2009, p. 22) entende a chamada verdade real da seguinte maneira:

Tal princípio, segundo a doutrina tradicional, assegura a busca de provas, sem limites de formalidades ou da iniciativa das partes, podendo, inclusive, haver produção de provas no processo por iniciativa do juiz, tudo com o fito de se chegar ao verdadeiro culpado, evitando, assim, a punição de um inocente.

Visão diferente da tratada no processo civil, na qual o Juiz deve assistir inerte a produção de provas pelas partes, posto lidar com direitos disponíveis, buscando-se somente a verdade formal, até mesmo pela ampla possibilidade de as partes transacionarem em qualquer momento do processo.

Nesse aspecto, importante destacar as diferenças apresentadas por Nucci (2008, p. 99) quanto à busca da verdade no processo civil e no processo penal:

Contrariamente à verdade formal, inspiradora do processo civil, onde o juiz não está obrigado a buscar provas, mormente em ações de conteúdo exclusivamente patrimonial, que constitui interesse disponível, contentando-se com a trazida pelas partes e extraindo sua conclusão com o que se descortina nos autos, a verdade real vai além: quer que o magistrado seja coautor (sic) na produção de provas. Esse princípio muitas vezes inspira o afastamento da aplicação literal de preceitos legais. Exemplo disso é o que ocorre quando a parte deseja ouvir mais testemunhas do que lhe permite a lei. Invocando a busca da verdade real, pode obter do magistrado a possibilidade de fazê-lo.

Diversos dispositivos do Código de Processo Penal, tais como os artigos 156¹³ e 209¹⁴, defendem a iniciativa probatória ao juiz, que nada mais são do que vertentes do princípio ora estudado, qual seja o da verdade real. No entanto, essa requisição de provas pelo Juiz não deve ser feita de modo discriminado e de qualquer forma, passando da figura do “jugador imparcial”, a acusador ou defensor, e sim somente quando ainda faltarem elementos para formação de sua convicção. É o que explica Greco Filho (2013, p. 217):

[...] postas as questões relevantes, o juiz pode ultrapassar a iniciativa das partes determinando prova não requerida, mas não deve tornar-se acusador ou defensor, sob pena de violar o chamado sistema acusatório do processo penal, que é garantia do julgamento justo e a própria essência da jurisdição, que consiste no julgamento por órgão não interessado e não envolvido na atividade de acusação ou defesa.

Desta forma, o objetivo principal do procedimento de prova é a averiguação dos fatos da causa, trazidos pelas partes e, quando falha, determinada pelo juiz, de ofício, numa tentativa de reconstrução de fato passado, da forma mais ampla e irrestrita possível – princípio da verdade real.

No entanto, esta não é uma missão simples, pela total impossibilidade de se reconstituir fidedignamente determinado fato passado. A um, porque o magistrado não

¹³ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941).

¹⁴ Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem (BRASIL, 1941).

conhece referido fato, não estava presente naquele momento, mas simplesmente os enunciados sobre o fato, afirmado pelas partes, sobre os quais se tentará provar. A dois, porque será utilizado um raciocínio dedutivo ou indutivo baseado em enunciados supostamente verdadeiros, ficando assim no campo da probabilidade. A três porque a averiguação dessa “verdade” deverá dar-se dentro do processo penal, mediante princípios e normas estabelecidas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, que muitas vezes produzem situações em que se apresentam entraves legais para que se alcance a verdade real, como é o caso das provas obtidas por meios ilícitos, dentre outros.

Por meio de uma concepção cognoscitivista da prova, conhecida como a atividade direcionada a conhecer ou averiguar a verdade sobre fatos controvertidos, com base no que é provável, pode-se conceber fatos comprovados falsos. Já numa concepção persuasiva da prova, jamais poderá ser comprovado fatos não existentes, pois a finalidade desta não é a busca da verdade, mas utilizar as provas para persuadir o julgador com o objetivo de se obter o resultado esperado. Assim, o conhecimento do juiz não estará certo ou equivocado, mas sim persuadido (ABELLÁN, 2012).

Dessa forma, o que se questiona é como se atingir a verdade real, sem prejudicar o direito de liberdade do cidadão. Nesse campo imperioso, distinguir o provado do verdadeiro, pois o processo se orienta para a comprovação da verdade (o que é diferente da certeza jurídica) mas o conhecimento alcançado é sempre imperfeito, dedutivo. A certeza é aquilo que se acredita ser real é a crença da percepção da realidade passada, que o julgador utiliza para sentenciar no processo e atingir seu objetivo (MARINHO; GUIMARÃES, 2011.)

Sendo a verdade o elemento a ser perquirido pelo Estado-juiz para prolação de uma decisão final, mediante a reconstituição do fato-crime, que será levado ao processo pelas partes, inicialmente por meio de alegações, a prova surge como elemento apto a legitimar referidas alegações.

Malatesta (1996, p. 22) já inicia o tópico do princípio da busca da verdade real com as seguintes considerações entre verdade e certeza:

A verdade é a “conformidade da noção ideológica com a realidade” e que a certeza é a crença nessa conformidade, gerando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, sendo possível que essa crença não corresponda à verdade objetiva. Portanto, pode-se afirmar que “certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro; e a mesma verdade que parece certa a um, a outros parece por vezes duvidosa quiçá até mesmo falsa a outros ainda”.

Ainda sobre a verdade Guilherme de Souza Nucci (1999, p. 65) argumenta sobre a dificuldade do magistrado apenas tentar alcançar a verdade real:

Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes. Ainda assim, falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.

Sendo assim, surgem grandes críticas com relação ao procedimento de prova, mais especificamente com relação ao princípio da verdade real, direcionadas a uma impossibilidade de se alcançar referida verdade e, portanto, se aplicar a justiça no caso concreto, restringindo ou não a liberdade do cidadão.

Portanto, conforme se denota, a “busca da verdade nasce concomitantemente com o ser humano [...] os romanos diziam: *Nihil est veritatis luce dulcius* (nada é mais doce do que a luz da verdade)” (BARROS, 2013, p. 27). Na seara do direito ela tem importância maior, já que o julgamento dar-se-á com a reconstituição dos fatos históricos, e serão estes aspectos da “verdade” dentro do processo penal que serão tratados neste capítulo.

3.2 A Verdade Real

Toda a produção de provas e sua análise passa, antes, pelo exame do sistema processual adotado, mormente, para estabelecer o ônus da prova e sua distribuição.

A partir da Constituição Federal de 1988, o sistema tende a ser o acusatório em detrimento do inquisitivo, consoante corrente majoritária na doutrina, muito embora o legislador ordinário por vezes tenha entrelaçado características de ambos, o que levaram alguns estudiosos a questionarem o verdadeiro sistema adorado pela legislação brasileira, conforme estudado no capítulo 2, da presente dissertação. Não obstante, o perfil traçado no Código de Processo Penal de 1941, no qual havia previsão acusatória pelo juiz, além de lhe conferir poderes probatórios, amplos.

Neste sentido, o denominado princípio da verdade real rende frutos aos aplicadores do Código de Processo Penal, normalmente sob o argumento da importância dos bens protegidos pelo direito processual penal, neste sentido, “a gravidade das questões penais seria suficiente para permitir uma busca mais ampla e mais intensa da verdade, ao contrário do que ocorreria, por exemplo, em relação ao processo civil” (OLIVEIRA, 2008, p. 285). Destarte,

A referência às noções de verossimilhança e probabilidade, como sucedâneos da verdade objetivada no processo, embora útil à identificação de certas características da pesquisa probatória, não implica a aceitação de que uma reconstituição verdadeira dos fatos seja impossível ou desnecessária: além de ser teórica e praticamente viável, a busca da verdade processual traduz um valor, que legitima a atividade jurisdicional penal. (NORONHA, 2002, p. 54).

Contudo, esta busca pela “verdade real” autorizou práticas probatórias diversas, disseminando uma cultura inquisitiva atingindo os órgãos estatais responsáveis por esta procura, assim, “[...] a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal” (OLIVEIRA, 2008, p. 286).

Tal princípio tinha como finalidade primordial, portanto, balizar eventuais desvios cometidos pelas autoridades públicas, justificando, também, a ampla atividade probatória do juiz, o qual deveria ser “imparcial”. Apesar destas considerações, não se pode conceber uma sentença justa que não estivesse amparada pela inquietação de uma averiguação “[...] correta dos fatos; se não fosse assim, os sistemas processuais não se ocupariam em prever os diversos meios de impugnação para reexame de decisões errôneas sobre os fatos inclusive depois do trânsito em julgado” (NORONHA, 2002, p. 54).

Assim, num Estado Democrático de Direito, nos dizeres de Noronha (2002), em que a liberdade individual é tida como premissa norteadora, fundamental para a justa organização da sociedade, fica claro que as decisões penais, por terem efeito direto sobre o *status libertatis* do cidadão, só podem ser legitimadas por um conhecimento resultante de procedimentos que permitam esclarecer os fatos sob a ótica da sociedade e do indivíduo: é preciso que as hipóteses acusatórias sejam verificadas, pois sem a existência de provas concludentes não se poderá superar a presunção de inocência. Além disso, é também necessário que tais provas sejam produzidas com a participação e o controle da defesa.

3.3 Valoração da Prova

O objetivo da produção probatória, conforme já narrado, é demonstrar ao julgador a verdade dos fatos, daí que esta verdade é condicionada à valoração que o juiz irá dar a cada prova, esta valoração, contudo, dependerá do sistema que o processo é gerido.

No processo penal vigente na Antiguidade, o livre convencimento se associava ao descobrimento da verdade material, assim é que Vincenzo Manzini (1952, p. 45) entendia que “do princípio da procura da verdade real derivam, como decorrência, as regras do livre convencimento do juiz e do contraditório¹⁵”, assim, a verdade material seria fundamento da produção probatória.

Todavia, esclarece Barros (2013, p. 337), que tais concepções estão superadas e “enfraquecidas pela solidificação de um posicionamento doutrinário moderno, que ressalta a finalidade da prova como sendo a de produzir, no ânimo do julgador, a certeza sobre a existência ou inexistência dos fatos afirmados pelas partes”.

Isso porque o escopo único da prova não pode ser a descoberta da verdade material, já que “na maioria das ações penais, a prova colhida não reproduz a verdade pura, completa e única, atualmente, para se atingir a eficácia da prova, basta formar-se o convencimento judicial, independentemente do descobrimento da verdade essencial dos fatos” (BARROS, 2013, p. 337).

Há que se explicar que existem, basicamente, três sistemas de valoração das provas, o da livre apreciação, da livre convicção ou persuasão racional e o da prova tarifada.

O sistema da livre convicção ou íntima motivação tem como origem o sistema acusatório puro. Nele o julgador não está obrigado a motivar a sua decisão, eis que poderá se valer de sua experiência individual, decidindo de acordo com a sua convicção íntima, tem validade a certeza moral do julgador. Está previsto no Tribunal do Júri, já que os jurados não estão obrigados a fundamentar o seu voto, do que se vê das cédulas, conforme se denota do artigo 486 do Código de Processo Penal, podendo até não levar em consideração as provas produzidas no processo.

Destarte, “o sistema de valoração da prova decorrente exclusivamente da íntima convicção do juiz [...] em termos de avaliação do contexto probatório se privilegiava a absoluta liberdade do juiz [...] a admissibilidade, colheita e avaliação das provas ficavam submetidas ao seu exclusivo arbítrio” (BARROS, 2013, p. 340).

¹⁵ Tradução livre.

Já para o sistema da prova tarifada, de acordo com Paulo Rangel (2010, p. 424), “significa dizer que todas as provas têm seu valor prefixado pela lei, não dando ao magistrado liberdade de decidir naquele caso concreto, se aquela prova era ou não comprovadora dos fatos, objeto do caso penal”.

Segundo as regras deste sistema, para o juiz condenar seria preciso, antes, reunir certas provas, previamente determinadas. Logo, os meios de prova aceitos na época (confissão, testemunhas, documentos etc.) passaram a ser classificados e hierarquizados. Consequentemente, uma vez colocado diante desse conjunto de provas, de valor antecipadamente estabelecidos em lei, incumbia ao juiz necessariamente condenar, pouco importando, numa ou noutra hipótese a sua convicção íntima. A investigação da verdade real, por iniciativa do juiz, restou efetivamente obstada. (BARROS, 2013, p. 341).

O objetivo deste sistema é limitar o julgador ao valor ou meio de prova que a lei impõe a determinado fato, não permitindo ao magistrado valorar de acordo com seu arbítrio.

Ovídio Baptista da Silva (2000, p. 349) elucida que “o juiz, segundo este sistema, deverá decidir rigorosamente com base no que foi alegado e provado pelas partes, embora sua convicção pessoal sobre aquilo que fora provado nos autos lhe indique que a prova produzida não retrata a verdade”. Ou seja, o juiz acaba sendo objeto dentro do processo, sem capacidade decisória e possibilidade de compreender os fatos.

O moderno sistema de valoração das provas, o da persuasão racional do juiz ou livre convencimento motivado, impõe que o juiz esteja vinculado às provas dos autos, mas ele é livre para estabelecer o valor de cada prova, devendo, todavia, motivar sua decisão revelando como se deu a sua valoração probatória. É o sistema brasileiro, expresso no artigo 155 do Código de Processo Penal.

Contudo, o artigo 155 com redação dada pela Lei nº 11.690/2008 tem causado furor entre os doutrinadores, que sustentam sua inconstitucionalidade. Dispõe o artigo que “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (BRASIL, 1941).

A possibilidade de o juiz basear a condenação em provas produzidas sem o crivo do contraditório desvirtuaria o processo penal e todo o sistema acusatório, eis que durante o inquérito policial não vigora o princípio do devido processual legal.

Durante o inquérito, o indiciado não passa de simples objeto de investigação, Nele não se admite o contraditório. A autoridade o dirige secretamente. Uma vez instaurado o inquérito, a Autoridade Policial o conduz à sua causa finalis

(que é o esclarecimento do fato e da respectiva autoria), sem que deva obedecer a uma seqüência previamente traçada em lei. Ora, o que empresta a uma investigação o matiz da inquisitorialidade é, exatamente, o não permitir-se o contraditório, a imposição da sigilação e a não-intromissão de pessoas estranhas durante a feitura dos atos persecutórios. Nela não há Acusação nem Defesa. A Autoridade Policial, sozinha, é que procede à pesquisa dos dados necessários a propositura da ação penal. Por tudo isso, o inquérito é peça inquisitiva. (TOURINHO FILHO, 2012, p. 213).

Também o juiz Guilherme de Souza Nucci (2007, p.341-342) em seu *Código de Processo Penal Comentado*, esclarece sobre a impossibilidade de condenação em elementos inquisitoriais:

[...] nesse contexto, a reforma deixou por desejar, uma vez que somente reafirmou o entendimento já consolidado - logo, inócuo fazê-lo - de que a fundamentação da decisão judicial, mormente condenatória, não pode calcar-se exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação. [...] Portanto, a reforma teria sido mais ousada se excluísse a ressalva “exclusivamente” do art. 155, caput, do CPP. O juiz não poderia formar sua convicção nem fundamentar sua decisão com base nos elementos advindos da investigação.

Inobstante o juiz tenha o livre convencimento motivado, ele não deve se basear em provas exclusivamente inquisitoriais. Andou mal o legislador na modificação legislativa, evidenciando o atraso, isso, novamente, sob o argumento da busca da verdade. Ocorre que produção de prova sem contraditório atinge frontalmente a Constituição Federal e o sistema acusatório nela garantido.

3.4 Conceito de Verdade

Até pouco mais de cinco séculos atrás, a humanidade, na visão da cultura ocidental, vivia da firme convicção de que as suposições pregadas pela fé e religião, correspondiam, de fato, à verdade. Diversos livros sagrados, entre eles a Bíblia e o Alcorão, continham as explicações necessárias para a compreensão do mundo, da vida, da pessoa humana, da nossa origem e do nosso destino. Dominava a harmonia no âmbito do conhecimento humano o que gerava uma sensação de segurança intelectual e espiritual.

O ideal de chegar até “a verdade” das coisas é uma das mais antigas ambições do ser humano, a exemplo, pode-se citar agora o de René Descartes (1596-1650). Segue um trecho de *Meditações Metafísicas*, em que o autor proclama o seu propósito:

[...] há já algum tempo eu me apercebi de que, desde meus primeiros anos, recebera muitas falsas opiniões como verdadeiras, e de que aquilo que eu depois fundei em princípios tão mal assegurados não podia ser senão mui duvidoso e incerto; de modo que me era necessário tentar seriamente, uma vez em minha vida, desfazer-me de todas as minhas opiniões a que até então dera crédito, e começar tudo novamente desde os fundamentos, se quisesse estabelecer algo de firme e de constante nas ciências [...]. (DESCARTES, 1983, p. 84).

Com o avanço das ciências e o estabelecimento do método científico, a partir do século XVI, essa suposta “harmonia” da massa, baseada na fé, começa a se desmazelar e a verdade então concebida passou a ser aquilo demonstrado por meio de estudos e experimentos, fazendo cair por terra várias ideias até então estabelecidas como corretas.

Isso porque o ideal humano é a sede de conhecer. O homem, como ser pensante e racional que é, quer saber a verdade, atingir o conhecimento das coisas. Este, o conhecimento, é o ponto de partida para nosso acesso ao mundo e influencia tudo que fazemos: pensamentos, emoções, vida social, ideia de justiça.

De certo modo, essa busca incessante visa atender os próprios anseios da alma humana, pois o homem não possui controle absoluto da verdade. Do ponto de vista universal, seu conhecimento sobre a verdade é apenas parcial. Consequentemente, as formidáveis descobertas científicas acumuladas pelos sábios apenas confirmaram nosso sentimento imanente de que existem outras verdades a descobrir.

Presente em todas as áreas do conhecimento, a busca pela verdade nasce concomitantemente com o ser humano. (BARROS, 2013, p. 27).

O conhecimento da verdade, a certeza sobre fatos e coisas, gera no homem um sentimento de conforto e segurança. No entanto, ninguém gosta de ser enganado, desprezando assim a verdade, conforme os dizeres de Agostinho de Hipona (1999, p. 173) “[...] encontrei muitos com desejo de enganar os outros, mas não encontrei ninguém que quisesse ser enganado”.

Filósofos e pensadores se baseiam no que chamam de “vontade de verdade” (FOUCAULT, 2001, p. 14-20), “desejo do verdadeiro” ou “desejo de buscar a verdade” ou simplesmente “busca da verdade” (CHAUI, 1995, p. 90-94).

De fato, essa é uma questão que atormenta os pensadores e filósofos, desde os tempos mais remotos, não existindo um conceito único ou um consenso sobre o assunto, diversificando as correntes filosóficas no que diz respeito ao conceito de verdade. É sabido que as pessoas falam muito da verdade e até a defendem, mas o fazem sem qualquer trabalho

intelectual ou meditação profunda. Quase ninguém, antes disso, se preocupa com indagações como: A verdade existe? Se existe, é universal? Que é a verdade? E assim por diante.

Como disse Aristóteles (1969, p. 27), nas primeiras linhas de sua obra *Metafísica*, “todos os homens desejam saber”, sublinhando essa característica própria da raça humana. Sendo assim, o empenho humano na construção do conhecimento outra coisa não é senão a constante busca da verdade.

De fato, o conhecimento só pode ser considerado “saber” na medida em que corresponde à verdade. Do contrário ele é erro. No entanto, essa é uma busca difícil, porque mesmo em termos de ciência, que por muitos é considerado o saber mais elevado e confiável, não temos a garantia de ter a posse da verdade. A história da ciência é a prova disso: as teorias consideradas verdadeiras em determinada época são, posteriormente, rejeitadas e substituídas por outras.

Como dito, o conceito de verdade é uma questão que atormenta os pensadores e filósofos, desde os tempos mais remotos, não existindo um conceito único ou um consenso sobre o assunto, diversificando as correntes filosóficas que discutem a esse respeito.

Assim, há muita confusão e diferenciações ou quem entende ser sinônimo entre verdade e conhecimento, razão e lógica. Nesse sentido, indagando sobre a verdade, Peter Haberle (2008, p. 33) lança o questionamento: “É a verdade, por exemplo, uma declaração filosófica a qual pode ser verificada através de critérios lógicos, crítico-linguísticos, empíricos ou outros quaisquer? [...] Com outras palavras: como definimos a verdade?”.

Obviamente, no campo da filosofia, jamais se conseguirá obter um conceito exato de verdade, nem de nenhum outro conceito, pois é sabido que na filosofia não se pretende a exatidão e sim divagações profundas do ser humano, o que gerará, em virtude da subjetividade, vários pensamentos divergentes, de acordo com a individualidade de cada ser pensante. Nesse sentido, Miguel Reale (2002, p. 65) assinala: “[...] a filosofia não pretende o plano do exato, nem faz concorrência às ciências no campo da exatidão”.

Primeiramente, pode-se destacar a teoria da correspondência, pensada por Aristóteles e desenvolvida, posteriormente, por Russel e Moore (MORA, 2001), em que haverá um enunciado verdadeiro se houver correspondência com um determinado fato. Foi uma das primeiras teorias e uma das mais difundidas, que buscava o conhecimento racional. No entanto, diferentemente de seu mestre Platão, Aristóteles não pretende atingir esse objetivo por meio da segregação entre aparências sensíveis e ideias inteligíveis, existências contingentes e essências absolutas; ele elege outro caminho que é o de tentar encontrar o que há de essencial e de inteligível no próprio âmbito da realidade que nos é dada.

Pode-se dizer, simplificando bastante, que Platão busca a verdade em um mundo transcendente (o mundo das ideias, distinto do mundo sensível) e Aristóteles a procura em uma ordem imanente ao mundo percebido, isto é, no mesmo plano em que desenvolvemos nosso contato prático e perceptivo com a realidade.

Nesse sentido, cabe destacar um trecho de sua obra *Metafísica*:

Com efeito, posto que o ente e o não ente são ditos, de um lado, segundo as figuras das categorias, e, de outro lado, segundo a potência ou a efetividade destas <figuras> ou <de seus> contrários, e também <segundo> o ente <como> verdadeiro ou falso [em seu sentido mais próprio], o qual, nos estados de coisas, ocorre por <certos itens> estarem unidos ou estarem separados, de modo que, de um lado, diz a verdade.

Aquele que concebe como estando separado o que está separado e como estando unido o que está unido, e, de outro lado, diz o falso aquele que se comporta de modo contrário em relação aos estados de coisas. Mas quando há ou não há o que é dito verdadeiro ou falso?, pois é preciso investigar o que dizemos neste <sentido de ente>. Posto que não é porque concebemos de modo verdadeiro seres tu branco que és branco, mas pelo fato de seres branco <é que> nós, que enunciamos isto, dizemos a verdade (ARISTÓTELES, 1969, p. 32).

Já Tomás de Aquino elucida que gostaria que sua definição fizesse jus às intuições vinculadas com a concepção aristotélica clássica da verdade, intuições que se encontram nas conhecidas palavras da *Metafísica* de Aristóteles: “Dizer que aquilo que é, não é ou que aquilo que não é, é, é falso; enquanto dizer que aquilo que é, é ou que aquilo que ao é, não é, é o verdadeiro” (AQUINO, 2002, p. 84).

Na determinação das coisas, Tomás de Aquino estabelece a existência de apenas uma verdade, já que a verdade é precisamente Deus. Por conseguinte, há possibilidade da determinação da verdade pelo conhecimento humano, o que impede seu julgamento. A mente não julga a verdade, mas julga segundo a verdade. O que atualmente geraria um romantismo jurídico, Tomás de Aquino definiu com precisão a imparcialidade jurisdicional, na qual o juiz julga conforme a lei, mas não a lei. Assim, a decisão deveria ser, na visão do filósofo, o reconhecimento da verdade, mas não a própria verdade. (SAMPAIO, 2010, p. 32).

Para Aquino (2002), a verdade de Aristóteles está no caminho, no entanto este vai além, acrescentando ser a verdade única, infinita e transcendente, elaborando sua análise a partir de que a verdade lógica ou do conhecimento está atrelada à verdade ontológica, devendo haver concordância das coisas com a inteligência, ou seja, elas devem ser compreensíveis e partir de um consenso para ser declarada verdade.

Em um sentido lógico, porém, de concordância e aceitação entre os sujeitos e o próprio ser, Arthur Schopenhauer (apud HABERLE, 2008, p. 33) diz:

[...] o mundo é a minha noção; [...] nenhuma verdade é, portanto, mais certa, sobretudo, mais independente de outras e necessita menos de uma prova do que essa, para a qual tudo aquilo que existe para o conhecimento, ou seja, o mundo inteiro, é somente um objeto em relação ao sujeito; opinião do opinante.

E alongando o conceito, a teoria da coerência entende a “[...] verdade como inserção infrangível de uma sentença no contexto geral das declarações científicas” (HABERLE, 2008, p. 33), alegando que a mesma é dedutível por meio de uma correspondência lógica entre um ditado com estudos científicos. Já a teoria do consenso, tendo como um de seus expoentes o filósofo Jürgen Habermas, que “[...] compreende a verdade como a conformidade de uma alegação ou, respectivamente, como capacidade de consenso no discurso dos participantes, o qual, entretanto, está sob a ideia orientadora de um diálogo livre e universal.” (HABERMAS apud HABERLE, 2008, p. 33).

Na teoria pragmática, fundada, basicamente, no critério prático de coadunar a observação sensível de resultados, ou seja, empiricamente verificável, segundo a qual a verdade está nos resultados e aplicações práticas do conhecimento, aferível pela experimentação e pela experiência. Essa teoria sugerida por William James e por outros, é como se dissesse literalmente: uma proposição é verdadeira se houver vantagem prática em sustentá-la. Assim, para James “Deus existe” é uma proposição verdadeira, pois é vantajoso crer em Deus (JAMES apud HABERLE 2008, p. 35).

[...] no pragmatismo há interesse apenas no resultado prático da investigação e não na sua essência. O importante para a Teoria do Conhecimento se mostra posterior ao conhecimento, sendo apenas necessária a identificação quando houver utilidade sobre o objeto. Assim, para os pragmáticos, tudo que for útil e eficaz se mostra verdadeiro. (SAMPAIO, 2010, p. 23).

Destarte, o homem é visto pelo pragmático como ser que não teórico, mas prático; neste sentido, o “[...] rumo da investigação não é dirigido ao conhecimento, mas sim para a identificação de uma realidade” (SAMPAIO, 2010, p. 24).

A verdade para os pragmáticos, como elucidada Denis Sampaio (2010), consiste na concordância do pensamento com os escopos práticos do ser humano, ou seja, aquilo que for útil e prático para o homem, “[...] assim, o juízo ‘a vontade humana livre’ é verdadeiro porque

é apenas na medida em que demonstra ser útil e benéfico para a vida humana, especialmente para vida em sociedade” (SAMPAIO, 2010, p. 24).

Encontra-se, ainda, a conceituação de verdade como algo transcendente, em que sua essência em si reina acima do homem, como bem salienta Heidegger. Neste sentido, para a metafísica, ela é tida como eterna e imperecível, sendo certo que sob nenhuma condição poderá ser construída sobre a instabilidade do frágil ser humano. E não falta quem afirme ser “[...] impossível atingir a verdade suprema, transcendental, que está fora do alcance humano” (CHIMENTI, 1995, p. 49). Da mesma forma, as ideias nietzschianas:

[...] pois será o próprio homem criador do sistema de códigos de linguagem, fundando inclusive as leis da verdade. Por conseguinte, verdade é utilizar corretamente os códigos, é obedecer a esta convenção. É a crença na correspondência entre os signos e as coisas, dada pela necessidade de comunicação imposta pelo grupo, que vai fornecer a primeira distinção entre a verdade e a mentira. (SAMPAIO, 2010, p. 40).

Pode-se perceber, pois, que a verdade e a não verdade estão entre o “objetivismo existencial e o subjetivismo interpretativo humano” (SAMPAIO, 2010, p. 40). A ciência é a responsável por construir a verdade e o homem por meio da teoria do conhecimento, “a constata e constrói seu oposto”, neste sentido, será a hermenêutica que ocasionará um juízo de verdade ou falsidade, eis que a ciência ou a metafísica “não coexistem sem a presença de impulso humano” (SAMPAIO, 2010, p. 40).

Nesta perspectiva, é possível conceber a verdade de uma maneira conjunta, ou seja, é impossível observar a verdade isoladamente, deve-se identificar a conjectura, até mesmo a histórica, “a verdade [...] somente pode ser constatada a partir da existência do fato através da sua essência, ou seja, do fato já existente e interpretado” (SAMPAIO, 2010, p. 41).

A coisa ou o fato a ser mensurada a verdade já deve existir e, a partir disso, ser interpretado, para se chegar à verdade ou à falsidade destas causas preexistentes, todavia, a interpretação depende da própria liberdade, do subjetivismo, sem que haja “arbítrio humano” (SAMPAIO, 2010, p. 41).

O fato (a coisa) mostra a existência de algo a ser conhecido. E tal conhecimento somente sofrerá investida a partir da própria interpretação desse fato no mundo real, criando assim, a possibilidade do subjetivismo para a busca da verdade e da não verdade, da certeza para o irreal. Dessa forma, com o estudo dessa escola filosófica e com o expoente procurado na figura de Heidegger, conseguiremos aproximar da busca da verdade numa interpretação processual, criando a possibilidade da hermenêutica jurídica

pela constatação dos fatos (e já podemos aproximar aos atos relevantes para o Direito repressor) e sua ligação com o subjetivismo do interpretador, estando ele fora ou dentro da relação processual. (SAMPAIO, 2010, p. 42).

Heidegger (1989) ao escrever *O Ser e o Tempo*, analisou a verdade e bem ressaltou que a verdade é correlacionada pela filosofia, desde os primórdios, com o ser. Destarte, a própria filosofia se denomina ao mesmo tempo como ciência da verdade e como ciência que considera “o ente enquanto ente, ou seja, no tocante ao seu ser” (HEIDEGGER, 1989, p. 280).

Assim, Heidegger (1989), ao investigar acerca da verdade, não a trata como uma teoria do conhecimento ou do juízo, mas que, se a verdade encontra-se num nexu originário com o ser, ao estudá-la deve-se fazer no âmbito da problemática ontológica-fundamental. Para tentar elucidar o tema, Martin Heidegger faz as seguintes análises: parte do conceito tradicional de verdade, depois que a investigação evidenciará que o modo de ser da verdade pertence, inexoravelmente, à essência da verdade e, por fim, o “[...] esclarecimento do sentido ontológico da afirmação de ‘verdade se dá’ e do modo em que necessariamente ‘se deve pressupor’ que ‘se dá’ a verdade” (HEIDEGGER, 1989, p. 281).

Conforme visto alhures e como bem elucida Heidegger, três teses caracterizam a verdade, tradicionalmente, a saber: o “lugar” da verdade é a proposição (juízo); a essência da verdade está na concordância entre o juízo e seu objeto e que Aristóteles, “o pai da lógica, não só indicou o juízo como o lugar originário da verdade, como também colocou em voga a definição da verdade como concordância” (HEIDEGGER, 1989, p. 282).

Também a epistemologia neokantiana do século XX caracterizou a verdade como expressão de um realismo, “o esclarecimento nominal da verdade como concordância entre o conhecimento e o seu objeto” (HEIDEGGER, 1989, p. 282).

Contudo, o filósofo questiona a caracterização da verdade como concordância, chamando-a de vazia e universal, questionando, para isso, o termo “concordância”, veja:

O que significa o termo ‘concordância’? A concordância de algo com algo tem o caráter formal da relação de algo com algo. Toda concordância e, assim também, toda ‘verdade’ é uma relação. Mas nem toda relação é uma concordância. Um sinal assinala para o assinalado. Assinalar é uma relação entre o sinal e o assinalado, mas não uma concordância. Decerto, nem toda concordância significa uma espécie de conveniência, tal como se fixou na definição da verdade. O número 6 concorda com 16-10. Os números concordam e são iguais, no tocante à quantidade. Igualdade é um modo de concordância. A ela pertence estruturalmente uma espécie de ‘perspectiva’. O que é isso em cuja perspectiva concorda aquilo que, na adaequatio, se relaciona? Ao se esclarecer a relação de verdade, deve-se também considerar a especificidade dos membros da relação. Em que perspectiva intellectus e

res concordam? Será que, em seu modo de ser e em seu conteúdo essencial, eles proporcionam algo em cuja perspectiva podem concordar? Caso seja impossível uma igualdade entre eles, por não pertencerem à mesma espécie, não será então possível que ambos (intellectus e res) sejam semelhantes? Todavia, qualquer conhecimento deve ‘dar’ a coisa assim como ela é. A ‘concordância’ tem o caráter de relação ‘assim como’. De que modo essa relação se torna possível enquanto relação de intellectus e res? A partir dessas questões evidencia-se que, para se esclarecer a estrutura da verdade, não basta simplesmente pressupor esse todo relacional mas é preciso reconduzir o questionamento a seu contexto ontológico que sustenta esse todo como tal. (HEIDEGGER, 1989, p. 283-284).

O filósofo esclarece que, de acordo com a opinião geral, só o conhecimento é verdadeiro, todavia, pondera que conhecer é julgar, “em todo julgamento, deve-se distinguir a ação de julgar enquanto processo psíquico real e o conteúdo julgado enquanto conteúdo ideal”, tal conteúdo ideal é o que se acha de uma relação de concordância é o nexos “ideal do juízo e a coisa real sobre a qual se julga. Em seu modo de ser, a concordância é real, ideal ou nenhuma delas? (HEIDEGGER, 1989, p. 284).

Destarte, a resolução de tal questão ultrapassa dois mil anos, com efeito, o fenômeno da verdade só se exprimirá no próprio conhecimento, quando este se mostrar verdadeiro, “[...] é a própria verificação de si mesmo que lhe assegura sua verdade. No contexto fenomenal dessa verificação, portanto, é que a relação de concordância deve tornar-se visível” (HEIDEGGER, 1989, p. 285).

A proposição somente será verdadeira, quando ela descobre o ente em si mesmo, “o ser-verdadeiro (verdade) da proposição deve ser entendido no sentido de ser-descobridor” (HEIDEGGER, 1989, p. 286-287), por conseguinte, a verdade só é ontologicamente possível com base no ser-no-mundo.

Portanto, pode-se exprimir todo o sentido existencial da sentença “a pre-sença é e está na verdade” (AUTOR, ano, p.?) por meio das seguintes afirmações:

1. A abertura em geral pertence essencialmente à constituição ontológica da pre-sença. Abrange a totalidade da estrutura ontológica que se explicitou no fenômeno da cura. À cura pertence não apenas o ser-no-mundo, mas também o ser e estar junto aos entes intramundanos. Juntamente com o ser da presença e a sua abertura se dá, de maneira igualmente originária, a descoberta dos entes intramundanos.
2. O estar-lançado pertence à constituição ontológica da pre-sença como constitutivo de sua abertura. Nele, desentranha-se que a pre-sença já é sempre minha e isso num mundo determinado e junto a um âmbito determinado de entes intramundanos determinados. A abertura é, em sua essência, fatural.

3. O projeto pertence à constituição ontológica da presença: do ser que se abre para o seu poder-ser como compreensão. A pre-sença pode-se compreender tanto a partir do “mundo” e dos outros entes, quanto a partir de seu poder-ser mais próprio. Esta última possibilidade diz: a pre-sença abre-se para si mesma em seu poder-ser mais próprio e como tal. Esta abertura própria mostra o fenômeno da verdade mais originária no modo da propriedade. A verdade da existência é a abertura mais originária e mais própria que o poder-ser da pre-sença pode alcançar. Ela só poderá receber sua determinação ontológico-existencial no contexto de uma análise da propriedade da pre-sença.

4. A de-cadência pertence à constituição ontológica da pre-sença. De início e na maior parte das vezes, a pre-sença se perdeu em seu ‘mundo’. Enquanto projeto para as possibilidades de ser, a compreensão aí já se inseriu. Empenhar-se no impessoal significa o domínio da interpretação pública. O que se descobre e se abre instala-se nos modos de deturpação e fechamento através do falatório, da curiosidade e da ambigüidade.

O ser para os entes não desaparece, desarraiga-se. O ente não se vela por completo, ele se descobre no momento em que se deturpa; ele se mostra – mas segundo o modo da aparência. Ao mesmo tempo, o que já se tinha descoberto volta a afundar na deturpação e no velamento. Em sua constituição ontológica, a pre-sença é e está na ‘não verdade’ porque é, em sua essência, de-cadente.

Assim como a expressão ‘de-cadência’, o termo ‘não verdade’ é usado aqui em seu sentido ontológico. Na analítica existencial, deve-se afastar de seu uso toda e qualquer ‘valoração’ onticamente negativa. Fechamento e encobrimento pertencem à facticidade da pre-sença. Do ponto de vista ontológico-existencial, o sentido completo da sentença: ‘a pre-sença é e está na verdade’ também inclui, de modo igualmente originário, que a ‘pre-sença é e está na não verdade’. Todavia, somente na medida em que a pre-sença se abre é que ela também se fecha; e somente na medida em que, com a pre-sença, já sem pre se descobriram os entes intramundanos é que eles, enquanto encontro possível dentro do mundo, já se encobriram (velaram) e deturparam. (HEIDEGGER, 1989, p. 289-291).

É por tal razão, que em sua essência, a pre-sença, de maneira explícita, tem de tomar posse do “[...] que se descobriu contra a aparência e a distorção e sempre se reassegurar da descoberta. De fato, não é com base num total velamento que as novas descobertas se fazem, mas sim a partir da descoberta no modo da aparência” (HEIDEGGER, 1989, p. 291).

Portanto, a verdade (descoberta) deve sempre ser arrancada primeiramente dos entes. “[...] O ente é retirado do velamento. A descoberta em seu fato é, ao mesmo tempo, um roubo” (HEIDEGGER, 1989, p. 291).

Será por acaso que os gregos se pronunciavam a respeito da essência da verdade, valendo-se de uma expressão privativa (ἀ-λήθεια)? Será que nesse pronunciamento da pre-sença não se anuncia uma compreensão ontológica originária de si mesma que, no entanto, constitui apenas uma compreensão pré-ontológica do fato de que ser e estar na não verdade constitui uma determinação essencial do ser-no-mundo?

O fato da deusa verdade de Parmênides colocá-lo diante de dois caminhos, um do descobrimento e outro do velamento, significa simplesmente que a pre-sença já está sempre na verdade e na não verdade. O caminho do descobrimento só é conquistado no κζάνην λόγω, na cisão compreensiva entre ambos e no decidir-se por um deles.

A condição ontológico-existencial para se determinar o ser-no-mundo através de ‘verdade’ e ‘não verdade’ reside na constituição ontológica da pre-sença, por nós caracterizada como o projeto que está lançado. Ela é o constitutivo da estrutura da cura. (HEIDEGGER, 1989, p. 291).

Assim, o modo de ser da verdade e a pressuposição de verdade para Martin Heidegger estão constituídos pela abertura, a pre-sença está essencialmente na verdade. “A abertura é um modo de ser essencial da pre-sença. Só ‘se dá’ verdade na medida e enquanto a pre-sença é. Só então o ente é descoberto e ele só se abre enquanto a pre-sença é.” (HEIDEGGER, 1989, p. 295).

As leis de Newton, o princípio de contradição, toda verdade em geral só é verdade enquanto a pre-sença é. Antes da pre-sença e depois da pre-sença não havia verdade e não haverá verdade porque, nesse caso, a verdade não pode ser enquanto abertura, descoberta e descobrimento. Antes das leis de Newton serem descobertas, elas não eram ‘verdadeiras’; daí não se segue, porém, que fossem falsas nem que seriam falsas se, do ponto de vista ôntico, nenhuma descoberta fosse mais possível. Do mesmo modo, essa “limitação” não contém uma diminuição do ser-verdadeiro das ‘verdades’.

As leis de Newton, antes dele, não eram nem verdadeiras nem falsas. Isso não pode significar que o ente que elas, descobrindo, demonstram não existisse antes delas. As leis se tornam verdadeiras com Newton. Com elas, o ente em si mesmo se tornou acessível à pre-sença. Com a descoberta dos entes, estes se mostram justamente como os entes que antes delas já eram. Descobrir assim é o modo de ser da ‘verdade’. (HEIDEGGER, 1989, p. 296).

Destarte, “toda verdade é relativa ao ser da presença na medida em que seu modo de ser possui essencialmente o caráter de presença” (HEIDEGGER, 1989, p. 296). Todavia, esta verdade não é subjetiva, entendida como o que “está no arbítrio do sujeito”, “pois, em seu sentido mais próprio, o descobrimento retira a proposição do arbítrio ‘subjetivo’ e leva a presença descobridora para o próprio ente” (HEIDEGGER, 1989, p. 296).

Também, “o sentido da pressuposição de verdade também se toma compreensível a partir do modo de ser da verdade, concebido existencialmente” (HEIDEGGER, 1989, p. 297). A verdade possibilita pressuposições, ou seja, compreender algo como a base e o fundamento do ser de um outro ente.

Essa compreensão dos entes em seus nexos ontológicos só é possível com base na abertura, ou seja, no ser-descobridor da pre-sença. Pressupor ‘verdade’ significa, pois, compreendê-la como alguma coisa em função da

qual a pre-sença é. Pre-sença, no entanto – e isso reside na constituição ontológica de cura – já sempre precedeu a si mesma. Ela é um ente que, em seu ser, está em jogo o poder-ser mais próprio. A abertura e o descobrimento pertencem, de modo essencial, ao ser e ao poder-ser da pre-sença como ser-no-mundo. Na pre-sença está em jogo o seu poder-ser-no-mundo e, com isso, a ocupação que descobre na circunvisão o ente intramundano. Na constituição ontológica da pre-sença como cura, no preceder a si mesma, reside o ‘pressupor’ mais originário. Porque esse pressupor a si mesmo pertence ao ser da pre-sença, ‘nós’ devemos pressupor também a ‘nós’ como algo que se determina pela abertura. Esse ‘pressupor’ radicado no ser da pre-sença não se comporta com os entes não dotados do caráter de pre-sença, mas unicamente consigo mesmo. A verdade pressuposta, o ‘se dá’, pelo qual se deve determinar o seu ser, possui o modo e o sentido de ser da própria pre-sença. Devemos ‘fazer’ a pressuposição de verdade porque ela já se ‘fez’ com o ser do ‘nós’. (HEIDEGGER, 1989, p. 297).

O “ser da verdade encontra-se num nexó originário com a pre-sença. E somente porque a pre-sença é, enquanto o que se constitui pela abertura, ou seja, pela compreensão, é que se pode compreender o ser e que uma compreensão ontológica é possível”. (HEIDEGGER, 1989, p. 298).

Heidegger, ao renegar do conceito comum de verdade, ou seja, aquela entendida no sentido de uma adaptação entre um ente (sujeito) e outro ente (objeto), entende a problemática partindo da compreensão do ente em si mesmo, destarte, o ser – aquele ser descobridor ao se encontrar com o enunciado verdadeiro que “deixa ver” o ente descoberto, neste sentido, a verdade acontece como desvelamento.

O desvelamento é precisamente a verdade que se “deixa ver”, ou elucidado de outra forma: a verdade é o desvelamento que “se dá” – que se entrega – ao ser – descobridor. Nessa procura pela verdade o ser – descobridor como um modo de ser do Dasein – ser-aí – transita por um processo de descobrimento até se deparar com a verdade que se desvela.

Apesar da impossibilidade de compreender o sentido da verdade e aquilo que ela possa se expressar, ela é vinculada à justiça – outro conceito de complexo conteúdo – “a justiça [...] só vive de prova. Só o arbítrio se alimenta do monstro da presunção. A dúvida é a certeza dos loucos. Estes são julgados, não julgam” (BAPTISTA, 2001, p. 169). Tais expressões axiomáticas, o universo em extremos, bipolar, bom e mau, justo e injusto, certo e errado, verdadeiro e falso. Este extremismo, embora povoe o imaginário popular não o deve ser racionalmente.

A verdade dever ser a meta de qualquer sistema processual racional, trepada na proposição de uma subordinação da justiça à verdade: Obviamente, deve assinalar-se que a busca da verdade não é a única tarefa. Mesmo se há

evidência de que um acusado cometeu crime, o Estado não pode violar seus direitos no processo de acusá-lo. Vivemos numa democracia, não num Estado policial. E ainda quando um acusado tenha mostrado em numerosas ocasiões passadas que não é avesso a flanquear a lei e pôr em perigo seus concidadãos, continuará tendo os mesmos direitos de qualquer cidadão cumpridor da lei. (BAPTISTA, 2001, p. 170-171).

A verdade, conforme se pode denotar não se apresenta tão simples como se tenta vender o sistema processual, ela se reveste de inúmeras características de maneira que os filósofos vêm debatendo por milênios acerca de sua compreensão. Entendê-la dentro da sistemática processual, mormente a penal, é de suma importância, sobretudo para evitar que ela seja utilizada como fundamento para limitar garantias fundamentais do acusado.

Sabendo que o Direito é dinâmico e as normas estáticas, é certo que o que tem aparência de ser verdade e justo hodiernamente, no futuro não poderá ser mais. Baseada na filosofia jurídica, pode-se compreender que a verdade varia, a depender da vivência, do conhecimento e experiência. Já o conceito de Justiça, tem origem em uma situação que deve ser justa ou não, na qual se torna imprescindível a referência de conteúdos éticos. Isso porque a justiça jurídica, de acordo com Reale (2002, p. 272), “só pode ser concebida, concretamente, como um processo incessante de composição de valorações e de interesses, tendo como base ou fulcro o valor condicionante da liberdade espiritual, a pessoa como fonte constitutiva da experiência ético-jurídica”.

Assim é que o raciocínio jurídico não deve constatar em conteúdos subjetivos, do tipo o que é certo ou errado, virtuoso ou vicioso, mas deixar claro, o lícito e ilícito, o que está de acordo com a norma, o que tenha significado de acordo com a lei e coerente com a Constituição.

3.5 A Verdade como Finalidade do Processo

Como sabido, o processo é uma relação jurídica composta por uma sequência de atos, em legislação previamente estabelecidos, destinados a uma decisão final. Havendo desrespeito a normas de conduta, o processo será meio pelo qual o estado poderá resolver determinado litígio impondo sua decisão com o objetivo de solucionar determinado conflito.

Sendo assim, o processo objetiva indicar a forma de aplicação do direito que deve ser seguida em caso de controvérsias e incertezas. Nesse prisma, a doutrina indica que a resolução dos conflitos se dará por meio da sentença, acalmando os ânimos dos envolvidos, pondo fim a determinado conflito, mediante imposição Estatal (CINTRA et al., 2002, p. 25-27). No entanto,

grande parte da doutrina não se satisfaz com esse posicionamento, acrescentando que a verdade e a justiça devem ser objetivos e finalidades do processo, só assim, podendo resolver conflitos de forma justa e aceitável pela sociedade e para as partes envolvidas.

Nesse contexto, a verdade será de extrema importância para proferimento de uma decisão justa. Realmente, aqui, a verdade estará intrinsecamente ligada à justiça, pois, a verdade é apta a legitimar a resolução de conflitos, tendo em vista que a sociedade e as partes envolvidas, em um processo judicial, se satisfazem com decisões pautadas na mesma, justamente, como dito anteriormente, em razão da natural busca do homem pelo conhecimento da verdade e sua aquietação quando a encontra.

Nesse sentido, é o que dizem os doutores Soraya Gaspareto Lunardi e Dimitri Dimoulis (2007, p. 177), em um estudo denominado “A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial?”:

De acordo com a opinião doutrinária predominante, o processo aspira encontrar a verdade e fazer justiça: oferecer a solução justa ao caso concreto (Einzelfallgerechtigkeit), mediante a adequada concretização de previsões abstratas e contribuindo ao estabelecimento de uma “ordem jurídica justa”. Se a justiça é o fim do processo, o estabelecimento da verdade acerca dos fatos é o pressuposto para atingir a solução justa (ao lado da interpretação correta e adequada das normas vigentes). Nessa ótica, a verdade constitui uma finalidade instrumental ou intermediária que permite alcançar a justiça como finalidade “final” da atividade processual.

Nesse ínterim, o processo objetiva a verdade dos fatos como condição necessária para correta aplicação do direito. A constatação do “que realmente ocorreu é o pressuposto para construir a premissa maior do silogismo jurídico de maneira adequada” (LUNARDI; DIMOULIS, 2007, p. 4).

A construção dessa verdade, dentro do processo, se dá pelo instituto das Provas. Sendo assim será por meio do procedimento de colheita de provas que se poderá reconstituir determinado fato passado, dentro do processo, a fim de legitimar uma sentença justa e pautada na verdade, gerando conformação plena no espírito dos envolvidos.

No processo penal, referida decisão assume extrema importância, dado que estará lidando com um dos bens mais preciosos do cidadão: sua liberdade, que segundo Immanuel Kant, seja ela política seja de locomoção, é direito essencial da pessoa humana e, portanto, deve ser efetivamente preservada.

Dessa forma, faz-se necessário o recolhimento de elementos hábeis – provas – para que o magistrado profira uma sentença baseada na verdade real dos fatos, a fim de realizar

justiça, aplicando o dispositivo legal que visa à retribuição e socialização, punindo àquele que infringiu o contrato social, de forma a restringir sua liberdade e no “quantum” adequado. Por outro lado, serve o mesmo raciocínio para deixar em liberdade o acusado comprovadamente inocente.

A prova é o cerne do processo, especialmente do atual modelo de processo penal garantista, posto que lida com direitos indisponíveis. Assim, a verdade no processo penal, como dito, se revela de importância ímpar dado que, com ela, poderá ser retirada a liberdade do cidadão, por meio do procedimento de prova, a qual o magistrado fundamentará sua sentença.

O conceito de liberdade que persegue a pessoa humana desde os primórdios de sua existência tem diversas definições e a cada indivíduo é dado o direito primordial que pode ser também entendido como especial de denominar-se livre desde o nascimento, e sua restrição infundada configura um ataque a toda humanidade.

A liberdade deve ser tratada, então, como bem supremo, e que merece ser preservado. Em contrapartida, a segregação deve ser considerada a última opção, quando tem sido a primeira, violando a legislação e um direito natural da pessoa humana. Existindo a segregação pela aplicação da pena, deve a mesma ter fundamento e objetivo.

A forma de segregar tal liberdade passa por um processo, instrumento do Estado que garante ao acusado a segurança de que seus direitos elementares foram observados e, neste ínterim, tem-se a prova como pressuposto da condenação uma vez que, como menciona Abellán (2012, p. 247), “O objetivo principal de um procedimento de prova é a averiguação da causa”. A causa, com exceção da excludente, é o que determina a perda da liberdade. Sem prova não há que se falar em restrição de direitos.

Desta forma, o objetivo principal do procedimento de prova é a averiguação dos fatos da causa, trazidos pelas partes e, quando falha, determinada pelo juiz de ofício, numa tentativa de reconstrução de fato passado, da forma mais ampla e irrestrita possível – princípio da verdade real.

Como já esboçado, a procura pela verdade dos fatos sobre determinado acontecimento delituoso é de ímpar importância para a verificação da responsabilidade do agente e a consequente imposição de uma sanção penal, tendo em vista ser a liberdade do indivíduo o direito que está em risco de ser limitado.

Por isso o Código de Processo Penal instituiu o princípio da verdade real, em que o Juiz não deve se contentar com as provas trazidas pelas partes para obtenção da verdade,

podendo requisitar produção de provas de ofício, tendo em vista o bem jurídico que está em jogo: a liberdade do cidadão.

Destarte, a verdade real se depararia com menos entraves para atingir a denominada “verdade absoluta”, a correta, mais verossímil representação dos fatos. Já a denominada verdade formal encontraria mais empecilhos ao alcance daquela. Neste sentido, acolhe-se o princípio da verdade formal como maneira de favorecer o término de litígios e abreviar o restabelecimento da paz social (BARROS, 2013). Tal entendimento seria da própria estrutura do processo civil, no qual até direitos indisponíveis podem ser transacionados (art. 447, parágrafo único). Na seara penal, ainda que o órgão acusador se persuada da inocência do réu, não é permitido transacionar, fora do Juizado Especial, podendo o juiz proferir sentença condenatória a despeito do uniformizado entendimento das partes.

Assim, Julio Maier (1999, p. 859, tradução nossa) sustenta que:

Por razão do ideal que persegue - averiguar a verdade objetiva, real ou material -, no Direito Processual Penal, toda a regulação jurídica da prova, como método para alcançar esse objetivo, é favorável à investigação do caso, em uma medida muito superior a prevista por outros procedimentos judiciais. Este é, precisamente, um dos aspectos que caracteriza o Direito Processual Penal, que alguns autores têm elevado à categoria de princípio.

E conclui:

É preciso aclarar, em princípio, que, como sucede com a persecução penal, o interesse público pela pena estatal está destituído do interesse particular, inclusive em matéria probatória. De tal maneira, o próprio Estado, por intermédio de seus órgãos competentes, é interessado em averiguar a verdade acerca da existência ou inexistência de um direito, para aplicar suas regras penais e, eventualmente, fazer atuar a consequência jurídica, prescindindo do interesse particular. (MAIER, 1999, p. 860, tradução nossa).

Neste sentido, com vistas a dar efetividade ao princípio da verdade real, diversos dispositivos do Código de Processo Penal, tais como os artigos 156 e 209, defendem a iniciativa probatória ao juiz, que nada mais são do que vertentes do princípio ora estudado, qual seja: o da verdade real. No entanto, essa requisição de provas pelo Juiz não deve ser feita de modo discriminado e de qualquer forma, passando da figura do “jugador imparcial”, a acusador ou defensor, e sim somente quando ainda faltarem elementos para formação de sua convicção.

Além dos diversos doutrinadores trazidos à baila neste capítulo, tem-se também que o Superior Tribunal de Justiça se manifesta com vistas a atingir a proclamada verdade real, veja:

STJ. PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. EXCLUSÃO DE TESTEMUNHA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRENTE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. DECISÃO PARA GARANTIR A VERDADE REAL. ORDEM DENEGADA. Mesmo que provável a hipótese de confronto entre o testemunho recusado com o material probatório suficiente para a condenação, não se aceita da articulação heróica a simples alegação de cerceamento, quando inexistente fundamento ou motivo hábil a demonstrar a necessidade de anulação do laborioso e sempre penoso trabalho do Tribunal Popular, no sentido de, realmente, revelar a lisura da consciência do agente. Por isso, a instrumentalidade das formas é tida, neste caso, como impediendo da pretensão conduzida, porque não comprovado o prejuízo à defesa e indicado o desejo apenas rigorosamente formal. Por outro lado, apesar de a lei não dispor expressamente acerca do ato praticado, a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico tornou possível o indeferimento de oitiva. É que, como gestor do bom andamento do procedimento penal, relativamente ao Tribunal do Júri, cabia ao seu Presidente conduzir o feito da forma mais íntegra, sobretudo impedindo que informações inválidas, suspeitas, pudessem atrapalhar o reconhecimento da verdade real, finalidade máxima da fase processual da *persecutio criminis*¹⁶. (JURISPRUDÊNCIA, 2002).

Ainda a respeito do entendimento do STJ, o ministro Felix Fischer (BRASIL, 2010), em seu voto no Habeas Corpus nº 155.149, cita Jorge Figueiredo Dias ao definir bem o alcance do conceito deste princípio:

Jorge Figueiredo Dias (in “Processo Penal”, ed. 1974, reimpressão de 2004, Coimbra Editora) alerta que “... a verdade material que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absoluta de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade do conhecimento humano; tanto mais que aqui intervém, irremediavelmente, inúmeras fontes de possível erro...” (p. 204). Ensina que a assim denominada **verdade material** há de ser tomada em **duplo sentido**: ‘**no sentido** de uma **verdade subtraída à influência** que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; **mas também no sentido** de uma verdade que, não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há de ser antes de tudo uma **verdade judicial**, prática e, sobretudo, **não uma verdade obtida a todo preço mas processualmente válida**” (DIAS, 2004, p. 193-194 apud BRASIL, 2010, grifos do autor).

Sendo assim, surgem grandes críticas com relação ao procedimento de prova, mais especificamente com relação ao princípio da verdade real, direcionadas a uma impossibilidade de se alcançar referida verdade e, portanto, se aplicar a justiça no caso concreto, restringindo ou não a liberdade do cidadão.

¹⁶ Ver também: STJ HC 64657/PR julgado em 20/11/2007; STJ HC 77228/RS julgado em 13/11/2007; e STF HC 84022/CE julgado em 14/09/2004. (HC 19805/MG julgado em 03/12/2002). (BRASIL, 2002).

A primeira surge da impossibilidade de, por meio do procedimento de prova, provar fato ocorrido no passado, pois, como dito anteriormente, um dos objetivos do processo penal seria a reconstrução de determinado fato delituoso ocorrido. Dessa forma, a única maneira pela qual se dá essa reconstrução é por meio do procedimento de prova – Instituto previsto no Código de Processo Penal, em seu Título VII – que visa reconstituir o fato criminoso a fim de formar a convicção do terceiro imparcial – Juiz – para que este profira uma sentença.

Sendo assim, seria ilógico dizer que se chegou a uma verdade real, quando na verdade esta reconstituição do passado não pode ser feita fidedignamente por diversas razões: decurso de tempo, falhas humanas, seja em testemunhos, seja na prova pericial, entre diversos outros motivos, que levarão o juiz, simplesmente, a deduzir o que de fato ocorreu. O que se busca no processo penal não pode ser comparado ao processo civil em relação aos interesses que estão em jogo. No entanto, a verdade real se justifica por ser uma possibilidade de chegar o mais próximo possível da verdade, ou seja, a verdade suficiente, mas não pode ser usada como argumento para subjugar o acusado, transformando em objeto do processo.

A esse respeito, destacam-se as lições de Guilherme Marinho e Leonardo Guimarães (2011, p. 336):

Do ponto de vista lógico, é inaceitável, sustentar que um fato (pretérito) será reconstruído a partir daquilo que se diz sobre eles (provas). Em verdade, essa ‘reconstrução’ não passa de uma metáfora, a expressar, pois, o juízo indutivo a que se chega a partir das premissas levadas ao processo pelas partes.

Afirmam ainda mais, “pelo processo não se atinge a verdade no processo, mas sim a certeza jurídica.” e que “certeza não se confunde com a verdade”, pois “[...] certeza é aquilo que se crer ser o real, ou ainda é a crença na percepção da realidade pretérita” (MARINHO; GUIMARÃES, 2011, p. 338).

Ou seja, para os referidos estudiosos, o juiz nunca saberá o que de fato ocorreu e, dessa forma, não se chegará à verdade. Essas constatações são as mesmas de Aury Lopes Junior que diz, a respeito da verdade:

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva, senão porque constitui um erro gravíssimo falar em ‘real’ quando estamos diante de fato passado, histórico. É o absurdo de se equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, no imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade. (LOPES JUNIOR, 2010, p. 262).

No mesmo sentido são os dizeres de Luigi Ferrajoli (2006, p. 55), ao enfrentar a insidiosa questão da prova como instrumento de reconstituição do fato ocorrido:

Sem necessidade de penetrar em todas as questões relativas ao conhecimento do passado, pode-se realmente afirmar que a verdade processual fática, da mesma forma que a verdade histórica, em vez de ser predicável em referência direta do fato julgado é o resultado de uma ilação dos fatos “comprovados” do passado com os fatos “probatórios”. Esta ilação – realizada por um historiador, um juiz ou um detetive – pode ser representada como uma inferência indutiva que contem nas premissas a descrição do fato que se tem de explicar e as provas praticadas [...].

Nesse aspecto, no campo jurídico, só é possível se falar em “verdade” em termos aproximativos, probabilísticos. Assim, sustentar um discurso da descoberta da verdade dos fatos, como quer a doutrina tradicional, parece ser ligeiramente ingênuo, com a devida vênia. Até mesmo porque não possui o magistrado, filósofo e nem mesmo um detetive, poderes especiais para se recriar um fato passado e se alcançar fidedignamente sua verdade. De acordo com Duclerc (2008, p. 383):

Qualquer conclusão a que se chegue [...] tem [...] o valor de uma hipótese apenas probabilística, pois um mesmo conjunto de observações pode, não raro, admitir diversas explicações. Em suma, por mais eloqüentes que sejam os dados do passado deixados no presente (depoimentos de testemunhas, indícios materiais coletados e analisados por peritos, documentos, etc.), absolutamente nada nos imuniza contra a possibilidade de erro judiciário.

Dessa forma, diversos estudiosos se digladiam na tentativa de desmistificar referido princípio, entre eles a jurisfilósofa espanhola Marina Gascón Abellán (2012), que afirma, também, em seu texto “A Prova dos Fatos” ser a atividade jurisdicional da prolação de uma sentença baseada somente no juízo indutivo/valorativo das provas trazidas aos autos e que o juiz não terá atingido assim a verdade real, mas sim uma certeza jurídica.

Duclerc (2008, p. 384) enxerga as dificuldades existentes na iniciativa probatória “togada”, sob o argumento da busca da verdade real, elucidada que:

O perigo, note-se bem, é que esse discurso da verdade real é frequentemente utilizado para fundamentar a relativização de certas garantias, como a que proíbe a utilização de provas obtidas por meios ilícitos. Digamos, por exemplo, que chegou ao conhecimento de um juiz a notícia de que o acusado realmente cometeu um crime bárbaro, mas essa informação veio através de uma escuta telefônica clandestina. Tudo bem, a prova foi obtida por meios ilícitos, mas, com base na verdade real [...].

De fato, a doutrina também não tem se rendido ao direito posto, a exemplo, a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira, que realiza uma interpretação crítica sobre os prejuízos da utilização ideológica do princípio da verdade real, elucidada que:

Talvez o maior mal causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da idéia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal. (OLIVEIRA, 2008, p. 328).

Sendo assim, no final de um processo, o magistrado arrimado em certos preceitos jurídicos, emana um juízo de valor sobre o caso. É, portanto, a força de um discurso – e não a “descoberta da verdade” – que determina a decisão do julgador sobre a sorte do acusado.

Desse modo, o próprio ordenamento, visando à garantia de outros direitos e da razoável duração do processo, impede que seja obtida a verdade real dos fatos como se deram possibilitando ao juiz com base em suposições e induções, obter somente uma certeza jurídica, com base nas provas que foram carreadas aos autos, gerando assim, uma extrema insegurança num sistema em que não é possível se obter a verdade real, mas é possível condenar o cidadão com base em suposições, privando-o assim de seu bem maior: sua liberdade.

Além disso, Oliveira (2008) vai mais longe, esclarece que a disseminação da visão tradicional do princípio da verdade real, muito além de ocasionar a deturpação da atividade judicante, ocasiona a impregnação de uma ideologia inquisitiva que vincula a todos os órgãos que atuam na persecução penal no Brasil.

O aludido princípio, batizado como verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de poderes mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a par conditio (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, impedem-no. (OLIVEIRA, 2008, p. 322).

Portanto, a verdade dentro do processo deve ser a verdade ética, ou a denominada verdade suficiente, construída mediante argumentação, nos dizeres de Baptista (2001), com finalidade única e exclusiva para pôr fim a uma contenda, a verdade, portanto, é formal,

sempre, ainda que dentro do processo penal e é aceitável porque atingida com observação aos raciocínios construídos gnoseologicamente válidos.

Não deve, pois, a busca impossível da denominada verdade real, ser desculpa para atuação judicial no processo como se parte fosse, eis que desnaturaliza todo o processo e o próprio sistema, o qual, mesmo sendo acusatório, se comporta como inquisitivo, muitas vezes, buscando a produção probatória com a finalidade de condenação e de se chegar à utópica verdade real, já que a reconstituição histórica dos fatos dentro do processo não se apresenta como a verdade defendida pelos filósofos, especialmente a citada por Heidegger (1989, p. 289), só “[...] se dá verdade na medida e enquanto a pre-sença é. Só então o ente é descoberto e ele só se abre enquanto a pre-sença é”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em primeiro lugar, é de salutar relevância deixar claro que não se pretende esgotar o problema da verdade real no processo penal, o que de fato está além de nosso alcance. Tampouco se tem a intenção de estabelecer uma teoria definitiva que resolva a problemática, pela total impossibilidade de se conseguir tal pretensão, dado o quanto é efêmero e metafórico o conhecimento sobre a verdade. O que se sustenta é uma hipótese baseada em uma exaustiva pesquisa bibliográfica, sem estabelecer um critério de verdade absoluta.

Como traçado na introdução o esforço analítico do presente trabalho sustentou-se na discussão da produção da verdade no processo penal e os meios como ela se dá. Sendo assim, a análise da verdade substancial ou material se constitui em um enigma que por mais que se busque perquirir, contempla um processo dinâmico de difícil alcance, de perseguição às provas, muitas vezes inacessíveis ou proibidas pelo nosso ordenamento, como é o caso das provas ilícitas.

Além da dificuldade pelo alcance da verdade, o fato de existir um princípio, em nosso ordenamento, que autoriza ampla atividade probatória, até de iniciativa do próprio juiz, tem que ser visto com cautela, pois pode autorizar condenações com a violação de outro princípio, qual seja, da imparcialidade do juiz, motivo pelo qual se pleiteia a ponderação dos mesmos, por meio da proporcionalidade. Assim, o mito da verdade real deita suas raízes no sistema inquisitório, estando estreitamente ligado à concepção de um Estado Autoritário, que por intermédio da tortura, fez da confissão a rainha das provas.

Como traçado no decurso do trabalho, para alguns estudiosos, referido princípio foi um escape para condenações arbitrárias. Nesse diapasão, o que não pode ser permitido é que o sistema funde, com base na verdade real, uma certeza de condenação do “inimigo”, qual seja o réu do processo penal.

Foi necessário, então, traçar um paralelo entre normas e princípios, a fim de situar o dito princípio da verdade real, em nossa legislação. Com tal abordagem, foi possível concluir sobre a importância dos princípios para o ordenamento jurídico, pois eles integram o sistema e possuem caráter normativo, além do que, dentro do processo penal, assumem verdadeira posição de garantidores dos direitos fundamentais dentro do Estado Democrático de Direito.

Para ampla compreensão do tema, além da importância de se analisar o conceito de direito, as nuances entre normas e princípios, a perquirição dos sistemas processuais penais, sobretudo do nosso atual modelo, que é o acusatório, e os princípios processuais penais

constitucionais que atuam como garantidores dos direitos fundamentais dentro do nosso Estado Democrático, é de extrema relevância o estudo do Instituto das Provas, o que de fato foi feito no segundo capítulo.

Pelo estudo das provas, é possível constatar o modo pelo qual se pode perquirir a verdade no nosso ordenamento jurídico, especialmente na sistemática constitucional e processual penal. Assim, em um Estado, em que a liberdade individual é tida como premissa norteadora, fica claro que as decisões penais, por terem efeito direto sobre o *status libertatis* do cidadão, só podem ser legitimadas por um conhecimento resultante de procedimentos que permitam esclarecer os fatos. É preciso que as hipóteses acusatórias sejam verificadas, pois, sem a existência de provas concludentes, não se poderá superar a presunção de inocência. Além disso, é também necessário que tais provas sejam produzidas com a participação e o controle da defesa.

Pode-se afirmar, então, que a verdade trazida pelo Código de Processo Penal, especificamente no artigo 156, que aborda o princípio da verdade real é a verdade já pensada por Aristóteles, em sua teoria da correspondência: haverá um enunciado verdadeiro se houver correspondência com um determinado fato. Sendo assim, durante a averiguação dos fatos da causa, pode-se fazer a “reconstrução do fato passado” e concluir pela inocência ou culpabilidade daquele cidadão que está enfrentando o processo penal, por meio da sentença. Logo a sentença será verdadeira, se fundamentada nas provas (reconstrução de fato passado) trazidas aos autos.

Cabe alertar, aqui, para o perigo em se afirmar tal constatação. No decorrer do presente trabalho foram analisadas diversas impossibilidades de se alcançar a verdade real no processo. Primeiramente, pela dificuldade de provar fato ocorrido no passado, pois, como dito anteriormente, um dos objetivos do processo penal seria a reconstrução de determinado fato delituoso ocorrido e a única maneira pela qual se dá essa reconstrução é por meio do procedimento de prova, que formará a convicção do terceiro imparcial – Juiz – para que este profira uma sentença.

Sendo assim, seria ilógico dizer que se chegou a uma verdade real, quando na verdade esta reconstituição do passado não pode ser feita fidedignamente por diversas razões: decurso de tempo, falhas humanas, seja em testemunhos, seja na prova pericial, entre diversos outros aspectos que levarão o juiz, simplesmente, a deduzir o que de fato ocorreu. A própria legislação, tanto a Constituição Federal, quanto o Código de Processo Penal, impõe certos limites a serem respeitados durante a coleta da prova, não sendo admissível, por exemplo, as provas ilícitas.

Desta forma, não obteremos a verdade pelo processo, mas sim a certeza jurídica e que esta certeza não pode, jamais, ser confundida com verdade, pois a certeza é aquilo que se crê ser o real, é a dedução/percepção do juízo com base na prova dos autos, percepção esta que pode, até mesmo, ser falsa. Portanto, o Juiz nunca saberá o que de fato ocorreu e, dessa forma, não se chegará à verdade.

Sendo assim, no final de um processo, o magistrado, arrimado em certos preceitos jurídicos, emana um juízo de valor sobre o caso. É, portanto, a força de um discurso – e não a “descoberta da verdade” – que determina a decisão do julgador sobre a sorte do acusado.

Se assim é, analisa-se se a verdade tratada no processo penal não é a mesma do processo civil, tendo em vista que no processo penal também obter-se-á, única e exclusivamente, um juízo de certeza do magistrado baseado nas provas constantes nos autos, tal como previsto no Código de Processo Civil, só que fora, no juízo penal, realizada uma maior atividade probatória.

Não há, então, substancialmente, diferença entre esses dois sistemas, quando, na verdade, os direitos discutidos que estão em jogo são completamente distintos, sendo de maior importância a liberdade e todos os demais direitos que são retirados do cidadão com a sentença penal condenatória. Nisso justifica-se a diferença tratada entre os dois sistemas processuais. A Verdade Real nada mais é do que um nome dado, pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, a uma maior atividade probatória exercida na jurisdição penal, levando-se em consideração a liberdade do cidadão. Isso é o correto e deve ocorrer em razão do direito que está em risco de ser limitado – a liberdade. O que se constata com o presente trabalho é que a verdade é impossível de ser obtida, mas deve ser amplamente perquirida pelas partes e pelo juiz.

Isso gera extrema insegurança social em nosso ordenamento jurídico, levando as pessoas a se sentirem ameaçadas e amedrontadas de serem privadas de sua liberdade, se algo contra elas for devidamente “comprovado” (certeza jurídica e não verdade) durante o curso do processo penal, mesmo que forem estas inocentes. Um sistema que condena inocentes está errado, não é condizente com o Estado Democrático de Direito e, por consequência, dissemina iniquidade em vez de aplicar a Justiça.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. A prova dos fatos (243/283). In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012. p. 243-284.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Fortaleza, v. 1, p. 607-630, 2003. Disponível em: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2014.

AGOSTINHO. **Confissões**. Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina; “Vida e obra” por José Américo Motta Pessanha. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os pensadores).

ALAMY, João Filho. **O caso dos irmãos Naves – Um erro judiciário**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANTONNI, Rosmar; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009.

AQUINO, Tomás de. **Verdade e conhecimento**. Tradução de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução de Vincenzo Cocco. Coimbra: Atlântida, 1969.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova**. São Paulo: RT, 2003.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000. v. I.

BAPTISTA, Francisco das Neves. **O mito da verdade real na dogmática do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 337, p. 125-134, 1997.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

_____. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2001.

BORGES NETTO, André L. A razoabilidade constitucional (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos). **Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto**, Brasília, v. 2, n. 12, maio 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_12/razoab_const.htm>. Acesso em: 09 dez. 2014.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 5 dez. 2014.

_____. Constituição (1988). **Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.º 155.149 – RJ. Impetrante: Dilar Estephá Henriques Perira, Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Paciente: Carlos Roberto do Santos Filho, Relator: Felix Fischer. **DJe**, Brasília, 14 jun. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200902334680&data=14/6/2010>. Acesso em: 19 jan. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 52995 AL 2006/0011608-1 Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 16/09/2010, T6 - SEXTA TURMA. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16947786/habeas-corpus-hc-52995-al-2006-0011608-1>>. Acesso em: 20 jun. 2014a.

_____. Supremo Tribunal Federal. AC: 3558 RS, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 25/02/2014. **DJU**, Brasília, 17 mar. 2014b. Publicado 18 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Ap. Crim. n.º 307-31 DF. Relator Ministro Celso de Mello. Ementário n.º 1804-11, **DJU** de 13/10/95. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. AI 50.367-PR, Relator: Min. Carlos Velloso, Data de Julgamento: 01/02/2005. **DJU**, Brasília, 04 mar. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 107795 MC/SP, Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 28 /10 /2011, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 07 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 251.445/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 03/08/2000. **Informativo/STF**, Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo197.htm#Prova Ilícita: Inadmissibilidade \(Transcrições\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo197.htm#Prova%20Il%C3%ADcita%3A%20Inadmissibilidade%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es))>. Acesso em: 10 ago. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. RHC 90.376, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 03/04/2007. **DJU**, Brasília, 18 maio 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757640/recurso-em-habeas-corporus-rhc-90376-rj>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

CALIL, Mário Lúcio Garcez. A teoria do suporte fático aplicada ao regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição da República de 1988. **Revista Em Tempo**, Marília, v. 11, p. 70-87, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CEZNE, Andrea Nárriman. A Teoria dos direitos fundamentais: uma análise comparativa das perspectivas de Ronald Dworkin e Robert Alexy. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 51-67, jul./set. 2005.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1995.

CHIMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material**. Teoria da prova. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. **Separata ITEC**, Porto Alegre, ano 1, n. 4, p. 3, jan./mar. 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **O novo processo penal à luz da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. **Vocabulário jurídico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. III, p. 1.253.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A oralidade no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.

DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os pensadores).

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: RT, 2003.

DUCLERC, Elmir. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESSER, Josef. **Na tradução para espanhol**: ESSER, Josef. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Barcelona: Bosh: 1961.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**: teoria, crítica e práxis. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 7. ed. São Paulo: RT, 2012.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: O atual paradigma jusfilosófico constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-132, jan./mar. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Notas sobre a prova no processo penal**. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pedf/heleno_artigos/arquivo_61.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2014.

GALUPPO, Marcelo Campos. Princípios jurídicos e a solução de seus conflitos: a contribuição da obra de Alexy. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 134-142, 2º sem. 1998.

GÊNOVA, Jairo José. **Infrações de menor potencial ofensivo à luz dos princípios constitucionais**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5764>. Acesso em: 20 mar. 2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 9.6.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 246-297.

GORZONI, Paula. Entre o princípio e a regra: teoria dos direitos fundamentais. **Novos estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 85, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002009000300013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 jan. 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Porque tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HABERLE, Peter. **Os problemas da verdade no Estado Constitucional**. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Fabris, 2008.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petropolis: Vozes, 1989. (Coleção Pensamento Humano, v. 1).

JURISPRUDÊNCIA. STJ - HC 19805 / MG Habeas Corpus 2001/0193408-8. **DireitoNet**, 19 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/jurisprudencia/exibir/461720/STJ-HC-19805-MG-HABEAS-CORPUS-2001-0193408-8>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. **Sobre a expressão corrente: isto pode ser correto na teoria, mas nada vale na prática**. A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa: Edições 70, 1988.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA, Marcellus Polastri. **Direito de Processual Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. 1.

LIMA, Roberto Kant de. Cultura jurídica e práticas policiais: a tradição inquisitorial no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 10, p. 65-84, 1989.

LOCKE, Jhon. **Cartas sobre a tolerância**. Tradução de Jeane B. Duarte Rangel e Fernando Dias Andrade. São Paulo: Ícone, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUNARDI, Soraya Gaspareto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial? **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 28, n. 55, p. 175-194, dez. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15052/13722>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

MAIER, Julio B. **Derecho procesal penal**: fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1999. v. 1.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 1996. v. 1.

MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto processuale penale**. 4. ed. Torino: UTET, 1952.

MARINHO, Guilherme; GUIMARÃES, Leonardo Avelar. Limites a busca da verdade: Desmitificando a verdade real no processo penal. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo Penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 329-341.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORA, Jose Ferreter. **Dicionário de filosofia**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 36. ed. São Paulo: Forense, 2014.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1 maio 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/161>>. Acesso em: 3 dez. 2014.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal**: comentado. 6. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PARLAMENTO EUROPEU. Relatório (A5-0359/2002). In: Lage (PSE). **Debates**. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20021120&secondRef=IT-EM-012&format=XML&language=PT>> Acesso em: 28 out. 2014.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas ilícitas no processo penal: teoria e interpretação dos tribunais superiores**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

PRINCÍPIO. **Origem da Palavra, Site de Etimologia**. Lista de palavras. 2004. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/principio>>. Acesso em: 10 maio 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAZ, Joseph. **Razão prática e normas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; MACHADO, Igor Suzano; SILVA, Klarissa Almeida. A reforma processual penal de 2008 e a efetivação dos direitos humanos do acusado. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 11 jun. 2014.

ROQUE, Sebastião José. **Introdução ao estudo do Direito**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Ícone, 2006.

SAMPAIO, Denis. **A verdade no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

_____. **Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009b.

SENADO FEDERAL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal. Parecer nº 1.636, de 2010. Redação final do Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. 07 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 8 jul. 2014.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Ética e Direito**. São Paulo: Landy; Loyola, 2002.

VILANOVA, Lourival. **Lógica Jurídica**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

VOLTAIRE. Tratado sobre a tolerância. São Paulo: Martins Fontes, 1993. **JurisNet**

Magazine Virtual - Casos Especiais, 1998. Disponível em:

<<http://www.truenetrn.com.br/jurisnet/voltaire.html>>. Acesso em: 29 de novembro de 2011.