

JAIME JOSÉ DA SILVA

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS ASPECTOS
PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TOLEDO
ARAÇATUBA-SP
2007**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

JAIME JOSÉ DA SILVA

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS ASPECTOS
PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito Processual Penal à comissão da Banca Examinadora do Centro Universitário Toledo, sob a Orientação do Professor Frederico da Costa Carvalho Neto.

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TOLEDO
ARAÇATUBA-SP
2007**

Banca Examinadora

Prof. Dr. Frederico da Costa Carvalho Neto

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Prof^a. Dr^a. Norma Sueli Padilha

Araçatuba-SP., 29 de junho de 2007.

Dedicatória

À minha mãe Maria,
à esposa Sandra e os filhos
Jaime Vinícius, Thaís e Guilherme.

Agradecimentos

Ao Prof. Dr. Frederico da Costa Carvalho Neto,
pela lição maior, de simplicidade e solidariedade,
ao Prof. Dr. Paulo Napoleão Nogueira da Silva e
a todo o corpo docente do Mestrado Unitoledo de 2001.

RESUMO

O Devido Processo Legal, corporificado por vários subprincípios relacionados com a prestação jurisdicional, surge impregnado do ideal de justiça, concebido a partir da racionalidade na produção e avaliação da prova do fato e de sua autoria, sujeitando o próprio Estado às mesmas regras impostas aos indivíduos e ao mesmo tempo limitando-o em suas atividades próprias de deliberação e ordenação de condutas, em especial a jurisdicional; forjando o Estado Democrático de Direito e a idéia inicial da Tripartição dos Poderes. Supera o sistema de provas das ordálias ou juízos de Deus, reconhecendo a falibilidade humana e por conseqüência a relativização do conceito de justiça, que pode falhar e quase sempre é imperfeita em razão da impossibilidade de reconstituição do fato exatamente como ocorreu, obrigando o julgador a decidir com base no fato provado, que pode aproximar-se mais ou menos do fato da vida real, mas jamais identifica-se com ele. Substitui-se o pressuposto da interferência da Divindade, presente no sistema de provas das ordálias ou juízos de Deus, em acordo com a idéia da infalibilidade da justiça; pelo pressuposto da racionalidade, presente no Devido Processo Legal, em acordo com a idéia de prestação jurisdicional, relativamente justa ou de uma justiça falível. Assimilada a idéia do julgamento conforme a prova produzida e avaliada em conformidade com o Devido Processo Legal, segue-se a necessidade de estabelecer-se o conceito de prova: aquilo que leva, logicamente, à admissão de uma afirmação ou da realidade de um fato; devendo ser produzida e avaliada no processo perante o juízo, que fica adstrito à prova dos autos para a entrega da prestação jurisdicional; abrindo-se questionamento sobre o alcance da expressão; produção da prova, que deve ser delimitada tendo em vista os valores insertos no Devido Processo Legal, através dos seus subprincípios relacionados com a prova, em especial o contraditório e a ampla defesa, significando que a produção da prova deve possibilitar às partes a análise sobre a sua pertinente logicidade, em razão das conseqüências que dela se extrai; não se confundindo, necessariamente, a produção da prova com a constituição da prova; aquela devendo obrigatoriamente ocorrer em juízo, como ato de instrução do processo, propriamente dito; enquanto a constituição pode preceder ao processo, com a finalidade de preparar a sua instrução. Adotado pelo nosso ordenamento jurídico processual o sistema bifásico para a persecução criminal, temos a prova, via de regra, constituída na fase pré-processual, pela atividade de Polícia Judiciária, com a finalidade de instruir o processo, viabilizando-se a observância do Devido Processo Legal, através do contraditório diferido e pela proibição de provas ilícitas, em particular, das provas ilícitas por derivação; flexibilizada tal proibição, pela adoção do princípio da proporcionalidade no contexto de uma hermenêutica jurídica propriamente constitucional.

Palavras-chave: Justiça – Princípio – Processo Devido – Prova – Hermenêutica – Proporcionalidade.

RESUME

The Due Legal Process, personified by various sub-principles related to the jurisdictional installment, rises up immersed in the ideal of justice, conceived from the rationality in the production and evaluation of the factual proof and its authorship, to the same rules applied to the individuals, and at the same time, limiting them in their own activities of deliberation and organization of conducts, in special the jurisdictional one, forging the Jurisdictional State of Power and the initial idea of the Tri-Division of Powers. It overcomes the system of the Ordálias or God's judgements, recognizing the human fallibility, and consequently the partiality of the concept of justice, that may fail and is almost always imperfect because of the impossibility to re-create the fact exactly as it happened, obliging the judge to decide based on the proven fact, that may or may not come close to the "real-life" fact, but never identifies itself with it. The concept of Divine intervention present in the system of the Ordálias or God's judgements, according to the idea of fallibility of justice; by the concept of rationality, present in Due Legal Process, according to the idea of jurisdictional installment, relatively fair or of a fallible justice. Once the idea of the judgement is internalized following the proof produced and analysed in conformity to the Due Legal Process, the need to establish the concept of proof follows; that which leads, logically, to the admission of an affirmation or of the reality of a fact, which has to be produced and analysed in the process with the judge, and that is restricted to the proof in the documents that will be delivered to the jurisdictional installment; in the event of questioning about the reach of the expression; the producing of proof, which is also restricted based on the values of the Due Legal Process, through its very own sub-principles related to the proof, in special the contradictory and the ample defense, meaning that the production of proof must make possible for the parts to analyse its logical reasons, in connection to the consequences that come from it; not necessarily confusing the production of proof with the constitution of proof; that necessarily has to occur in the courts, as an act of instruction of the process, as we mean it; while the constitution may precede the process, with the intent to prepare its instruction. Adopted by our procedural legal system the two-phase system for the accusatory procedure, we have the proof, usually, constituted in the pre-trial phase, for the activity of Judiciary Policy, with the purpose to instruct the process, making possible the observance of Due process of law, through the differed contradictory and for the illicit injunction to disallow evidence, in particular, of the illicit proofs for derivation; when such prohibition is overturned, for the adoption of the principle of the proportionality in the context of properly constitutional a legal hermeneutics.

Key-words: Justice - Principle - Due Process - Proof - Hermeneutics - Proportionality

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I DEVIDO PROCESSO LEGAL	12
1.1 Aspectos Históricos do Devido Processo Legal	16
1.2 Constituição, o Sistema Democrático e o Devido Processo Legal	24
1.3 Devido Processo Legal, Processual, Material e Administrativo	26
1.4 Constituição e Efetividade do Devido Processo Legal	27
1.5 O Positivismo e o Devido Processo Legal	29
1.5.1 Aspectos Históricos do Positivismo	29
1.5.2 O Positivismo e sua Influência na Regulamentação do Devido Processo Legal	34
1.5.3 A Interação Através das Decisões Judiciais, como Fator de Efetividade do Devido Processo Legal	36
1.6 Sub-princípios Integrantes do Devido Processo Legal, e a Prova	40
1.6.1 Inafastabilidade da Jurisdição e Juiz Natural	40
1.6.2 Contraditório e Ampla Defesa	44
1.6.3 A Proibição de Provas Ilícitas	45
1.6.3.1 O Sistema Alemão e Americano de Proibição de Provas	51
1.6.3.1.1 Meios Enganosos	62
1.6.3.1.2 Detector de Mentiras	62
1.6.3.1.3 Homens de Confiança	63
1.6.3.1.4 Gravações e Escutas Telefônicas; Conhecimentos Fortuitos	65
1.6.3.1.5 Efeito à Distância Prova Ilícita Derivada ou Decorrente	76
1.7 Hermenêutica Jurídica e Estado Democrático de Direito; Aspectos	83

1.7.1	A Supremacia das Normas Constitucionais	87
1.7.2	A Hermenêutica Constitucional Baseada nos Princípios Estruturantes do Estado Democrático de Direito	89
II	DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	98
2.1	Delimitação e Alcance do Termo, Prova	98
2.2	Prova do Fato Criminoso e sua Autoria	101
2.2.1	Análise Histórica dos Meios de Prova	107
2.2.2	Dos Meios de Prova no Processo Penal na Atualidade	110
2.2.2.1	Exame de Corpo de Delito e Outras Perícias	111
2.2.2.2	Interrogatório e Confissão do Acusado como Meio de Prova	119
2.2.2.3	Declarações do Ofendido e Prova Testemunhal	123
2.2.2.4	Reconhecimento de Pessoas e Coisas	130
2.2.2.5	Outros Meios de Prova Relacionados pelo Legislador – Acareação, Documentos, Índícios e Busca e Apreensão	131
2.2.2.6	Interceptação de Comunicação Telefônica e Escuta Ambiental	134
2.3	Da Produção e Valoração da Prova	139
2.3.1	Da Pré-Constituição de Prova na Primeira Fase da Persecução Criminal	141
2.3.1.1	Investigação Criminal; Aspectos Históricos; Origem do Inquérito Policial	144
2.3.1.1.1	O Inquérito Policial no Contexto Atual	145
2.3.1.1.2	Investigação Criminal; Importância dos Meios de Prova	148
2.3.1.1.3	Aspectos das Garantias do Devido Processo Legal, na Fase Pré-Processual	150
2.3.1.1.4	Avaliação da Prova para fins de Prisão em Flagrante	150

2.3.1.1.5	A Proposta de Reforma do Código de Processo Penal	153
2.3.2	Da Produção e Valoração de Prova em Face do Devido Processo Legal	158
CONCLUSÃO	164
REFERÊNCIAS	177

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo principal ou geral, questionar, no contexto do Devido Processo Legal, a atividade probatória e a prova dela decorrente, em face do nosso ordenamento jurídico-processual penal, que adota o sistema bifásico, na persecução criminal; pensando a prova, como a razão de ser do processo.

Seguindo por esta linha de pensamento, buscamos num primeiro momento o estabelecimento de idéias consistentes sobre o Devido Processo Legal, desde o seu aspecto histórico, passando pela sua condição de precursor do Estado de direito ou submetido à lei, pela especificação do seu conteúdo, pela sua afirmação como instituto integrante do Estado Democrático de Direito; culminando com a análise dos subprincípios que o integram, diretamente relacionados com a prova, com ênfase para a proibição de provas ilícitas, avançando as pesquisas, para além do ordenamento jurídico pátrio, buscando nos sistemas Alemão e Americano de proibição de provas, conhecimentos importantes a respeito do tema.

Depois de buscarmos dar consistência às idéias sobre o Devido Processo Legal, entre as quais aquelas atinentes à conformação do sistema jurídico como um todo, com preponderância formal e funcional dos princípios constitucionais e entre eles preponderando os princípios estruturante e fundamental geral, que estratificam os valores sociais, procuramos pesquisar meios para conferir efetividade a tais valores, através de uma hermenêutica jurídica constitucional, com base nos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo, abordamos a questão da prova, sem perder de vista, os questionamentos propostos, procurando estabelecer com base no aspecto mais importante do Devido Processo Legal, a racionalidade, o conceito de prova e de prova para o processo; para em seguida estudar os meios de prova exemplificativamente previstos no ordenamento jurídico, reafirmando a legitimidade de qualquer meio de prova, não vedado legalmente. Em

seguida e dentro do mesmo capítulo, estudamos a produção e valoração da prova, enfrentando com destemor a questão da natureza dos fatos comprobatórios de outros, de interesse jurídico penal, produzidos pela intensa atividade de polícia judiciária, desenvolvida na primeira fase da persecução criminal e coligidas no inquérito policial; confrontando-se a realidade da produção de fatos constitutivos de provas com o formalismo do processo.

No capítulo terceiro, concluímos o nosso trabalho de pesquisa, com a grata satisfação de poder reafirmar, com base no conteúdo da pesquisa realizada, as idéias que nos levaram a desenvolver o tema: a investigação criminal, deita raízes na instrução do processo; constitui o fato que comprova aquele de interesse jurídico penal e pode amoldar-se às normas do Devido Processo Legal.

I. DEVIDO PROCESSO LEGAL

A dinâmica do processo, em particular do processo penal, está voltada para a comprovação do fato de interesse penal e sua autoria; neste contexto, o devido processo legal conforma a atividade probatória e na seqüência a apreciação das provas, a um sistema racional de distribuição de justiça. Trata-se de dado importante, indispensável à caracterização do Estado Democrático de Direito.

O Processo de redemocratização do nosso País colocou em evidência o abismo existente entre o Estado formal ou legal e o de fato. Apesar de conter em vários dispositivos, a consagração de princípios atinentes ao devido processo legal, a Constituição vigente no período ditatorial, resumia-se apenas a um documento formal, uma proposta pendente de implementação do Estado Democrático.

A Constituição de 1988 especificou e reforçou o princípio democrático, delineando uma proposta mais consistente de um Estado Democrático de Direito, consagrando entre outros o princípio do Devido Processo Legal, repercutindo significativamente no campo da atividade probatória, principalmente nas atividades de polícia judiciária, de levantamento dos meios de prova, despertando parte da população e os operadores do direito para a necessidade de maior efetividade, concretude dos princípios constitucionalmente consagrados.

Inicia-se então, o período de lenta, porém persistente interação das normas constitucionais e a sociedade, representada esta, pelos operadores do Direito, situação ocorrente ainda hoje e que evolui lentamente na direção de um concreto Estado Democrático de Direito e particularmente, para um sistema de provas efetivamente obediente ao princípio do Devido Processo Legal, ainda não assimilado inteiramente pelos operadores do Direito, conforme será demonstrado ao longo deste trabalho de pesquisa.

O Devido Processo Legal surgiu ancorado no ideal de Justiça, pautada por um sistema racional de provas. Buscava contrapor-se à irracionalidade do sistema de provas de então, que propiciava o arbítrio, o abuso do poder estatal em detrimento do indivíduo, advindo, daí, dessa contraposição do poder abusivo do Estado, a idéia de julgamento pelos pares, ou popular. A aplicação isenta, imparcial das normas, num primeiro momento, limita os poderes de Estado, para em seguida submetê-lo, o próprio Estado, às normas estabelecidas pela sociedade.

A investigação e o processo, no contexto acima traçado, eram vistos como forma de proteção individual contra o arbítrio do Estado e contra acusações temerárias. A normatização, o regramento do processo, por assim dizer, surgiu da necessidade de estabelecer-se parâmetros claros e objetivos de como se daria o julgamento dos indivíduos, conforme poder-se-á constatar pelo disposto nos artigos 39 e 40 da *Magna Charta Libertatum*¹, documento originário do *due process of law*²; sem dúvida, portanto, que a natureza do Devido Processo Legal é instrumental, presta-se à efetivação do Direito, bem como à sua normatização.

O regramento do processo tem por fim - ao menos deveria ter - dar-lhe objetividade, consistência prática, servindo de meio seguro, racional, para a realização da justiça, que passa necessariamente pela reconstituição do fato, juridicamente interessante, o mais próximo possível da realidade e ainda pela perfeita identificação do seu autor; questão de prova portanto, a ser produzida objetiva e racionalmente, contrapondo-se ao sistema de provas das ordálias ou juízos de Deus.

O sistema de provas estrategicamente mencionado logo acima - ordálias ou juízos de Deus -, em termos finais e guardadas as devidas proporções, assemelha-se a qualquer outro que, tomando o processo como fim em si mesmo, transforme-o em caminho,

¹ Magna Carta da Liberdade

² O Devido Processo Legal

meio para a não realização da Justiça, contraditando seus próprios fins; que pela excessiva e contraditória normatização, bem ao gosto do positivismo, perca a objetividade, a realidade, a sua condição instrumental; ora seguindo uma ordem de idéias que coloca os interesses individuais acima dos da sociedade; ora, simplesmente ignorando direitos individuais, consagrados pelo sistema jurídico e ainda como quase uma constante, esteja vazado formalmente, em ordens jurídicas, hierarquicamente distintas e realmente, essencialmente, subvertidas e não integradas de um princípio uniforme pelo qual se possa vislumbrar na prática, quando e em quais circunstâncias, os interesses sociais e individuais devam prevalecer uns sobre os outros.

Numa visão panorâmica do contexto do tema, esta é a idéia que se nos apresenta sobre o nosso sistema processual penal e em particular sobre os seus aspectos probatórios. Com efeito, é notório que não há objetividade, tanto no levantamento dos meios de provas, quanto na produção e não raras vezes na apreciação.

Desobediente aos subprincípios que informam o Devido Processo Legal, constitucionalmente previsto, mormente o contraditório, ampla defesa, igualdade das partes e proibição de provas ilícitas, consubstancia-se o nosso sistema por procedimentos que na prática possibilita o estabelecimento de verdades absolutas sobre situações de fato, nem sempre condizentes com a realidade e não passíveis de reversão pelo contraditório, dito diferido, como acontece, quando da realização de exames periciais e outras atividades de levantamento de meio de prova, realizado na primeira fase da persecução penal.

A questão da produção de provas ilícitas, navega num mar de incertezas, em face da ausência de um sistema de proibição de provas efetivo, razoavelmente seguro, adequado ao nosso sistema jurídico e consentâneo com a natureza instrumental do processo e com os objetivos deste, de efetivação do direito.

As limitações impostas à atividade probatória precisam ser relativizadas, com a utilização de válvulas de escape, em benefício da funcionalidade do sistema.

As normas constitucionais que dispõem sobre o assunto e que deveriam essencialmente e não apenas formalmente, condicionar a legislação infra-constitucional, não incorporam o cotidiano jurídico do país e são amiúde desconsideradas, às vezes, na atividade legislativa; outras vezes naquelas desenvolvidas pelos operadores do direito em geral. Neste contexto, encarta-se o excesso de zelo, em acometer-se para todo e qualquer fim, a avaliação de provas, mesmo considerado o sentido amplo do termo, ao Juiz, levando a situações que afrontam a logicidade do sistema.

A afirmação das várias ordens jurídicas, hierarquicamente dispostas, e principalmente uma atuação mais contundente dos órgãos jurisdicionais, hoje a reboque dos atos do executivo e do legislativo, tenderia e dar maior concretude aos princípios constitucionais de um modo geral e em particular àqueles relativos à prova. É indispensável, que o poder judiciário, no contexto da tripartição dos poderes, deixe definitivamente a posição de mero coadjuvante e avance contra os limites que lhe foram impostos pelo positivismo, mas não pelo ordenamento jurídico real, consubstanciado pelos princípios constitucionais.

O reestudo destas questões faz-se necessário com o objetivo de estabelecer, se de fato, concretamente, temos um sistema minimamente harmônico, em conformidade com o devido processo legal, particularizando-se tal objetivo, em face de situações concretamente identificadas.

A observância, em sua essência, do devido processo legal na atividade probatória, em maior ou menor amplitude, constitui-se em assunto objeto de discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

A limitação do poder estatal, em suas movimentações para a comprovação do fato e da autoria, deve cingir-se aos princípios constitucionalmente postos, de maneira a

preservar as garantias e direitos individuais, constando tais regras entre outros, dos incisos LIV, LV e LVI do artigo 5º da Constituição Federal.

1.1- Aspectos históricos do devido processo legal

A importância do *due process of law*, vem representada na lição de Canotilho (1998, p.84), ao afirmar que:

As idéias do governo de leis e não de homens de Estado submetido ao direito, de constituição como incubação jurídica do poder, foram tendencialmente realizadas por institutos como os *the rule of law*, *due process of law*.

O autor em questão, com toda a sua autoridade no assunto, afirma, por outras palavras, que o *due process of law* foi precursor da forma inicial do Estado de direito. Portanto, o Devido Processo Legal surgiu com a própria idéia de Estado submetido à lei. Na sua origem, o Devido Processo Legal representou o contra ponto à irracionalidade do sistema de provas de então, que submetia o indivíduo ao arbítrio, ao abuso do poder estatal. Era a garantia de um sistema de provas com base na racionalidade, integrado de normas condicionantes do próprio Estado, submetido ao sistema normativo, que permitia agora, ao indivíduo, defender-se contra eventuais abusos do poder estatal jungido ao processamento da causa, conforme o estabelecido pelo *due process of law*; estava assim, garantido o indivíduo, contra o arbítrio do Estado e contra acusações temerárias. Nasceu o *due process of law* impregnado do ideal de justiça, de maneira que a investigação e o processo, eram vistos como forma de proteção individual, justificando-se as afirmações de Canotilho, já antes referenciadas.

Como não podia deixar de ser, a idéia de um *due process of law* expandiu-se na mesma proporção da expansão social, ocorrendo alterações com relação à regulamentação

condizente com a realidade de cada sociedade organizada, porém a essência do princípio subsiste intacta.

Importante esclarecer desde já, que a idéia assimilada pelo mundo jurídico, de processo como forma e meio de aplicação da norma, leva a uma certa estranheza, quanto à conotação de cunho material presente na condição do *due process of law*, de base para o surgimento do estado de direito. Ocorre que, é preciso raciocinar aqui com uma noção mais ampla do termo processo, abrangendo também a formação do conteúdo das leis, sua razoabilidade, posto que, assim é que foi concebido, no direito inglês o *due process of law*, e com tal conformação implantado no direito americano, representando além do mais, garantia de direitos e o processamento deles.

As regras de convivência forjadas nos usos e costumes, pela interação social, sedimentavam regras de conduta, que uma vez assimiladas, constituíam-se em normas, integrando tais normas, quando do advento do Estado moderno, o arcabouço jurídico da sociedade inglesa, incluindo-se as regras sobre o *due process of law*. A insipiência do ordenamento jurídico de então não permitia uma clara distinção entre normas materiais e instrumentais ou formais.

A história constitui-se em importante fonte de pesquisa para a ciência jurídica; as ciências sociais não têm como provocar o fenômeno para estudá-lo, como podem fazê-lo as ciências naturais; aproveita então, a ocorrência espontânea do fenômeno, no passado e ou no presente para estudá-lo (MOURA, 2000).

A história do Devido Processo Legal, *due process of law* dos ingleses e americanos, inicia-se com a crise de governabilidade do monarca inglês João Sem Terra, por volta do ano de 1215. Relata Elizabeth Maria de Moura (2000), que, ontologicamente, o devido processo legal está ligado à idéia de justiça, ideal da humanidade, que busca realizá-la, o que fornecê-lhe consistente aceitação mundial e já à época mencionada, o ideal de justiça,

embora jungido aos interesses dos Barões, levaram-nos a insurgir-se contra os desmandos do soberano inglês João Sem Terra.

Henrique II legou a seus sucessores, Ricardo Coração de Leão e João Sem Terra, regras de igualdade dos homens do reino, perante o mesmo sistema de leis, estabelecendo o império da lei, que possibilitou a instituição do grande júri, que tinha por finalidade básica romper com o sistema irracional de provas e propiciar um novo sistema de provas, com base na racionalidade. A investigação e o processo, conforme já antes mencionado, eram vistos como forma de proteção individual contra o arbítrio do Estado e contra acusações temerárias. Ricardo Coração de Leão, sucedeu a Ricardo II, e deu continuidade à sua obra; com sua morte ascendeu ao trono inglês, João Sem Terra e inicia-se então um período de degeneração político-institucional.

O novo soberano rompe o sistema de garantias de justiça e passa a praticar seguidas arbitrariedades, até que é compelido pelos barões a assinar uma carta, pela qual se compromete a respeitar os direitos, imunidades e franquias, bem como a oferecer garantias de justiça através da instituição *do due process of law*, constando assim daquela que foi chamada de *Magna Charta Libertatum*, nos seus artigos 39 e 40:

Artigo 39. Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra. Artigo 40 - A ninguém renderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça (apud MOURA,2000, p. 41).

De notar-se que, à época da edição da *Magna Charta Libertatum*, não havia ainda se formado o atual conceito de liberdade; não com o alcance e abrangência que possui modernamente.

Para os barões, liberdade tinha o sentido de manutenção dos privilégios, agora desrespeitados pelo soberano, que desarrazoadamente, editava medidas que feriam seus

interesses, anteriormente garantidos e respeitados; era preciso impor-lhe limites, condicioná-lo no exercício do poder e por conseqüência, subordinou-se o Estado inglês, representado pelo soberano.

Importante observar que, para os ingleses e em boa medida também para os americanos, a garantia de um devido processo legal, não resultou de uma concessão, mas constituiu-se em conquista, que no caso da Inglaterra, primeiro beneficiou os barões e na seqüência o povo de um modo geral. Talvez por isso, explica-se sua efetividade nos dois sistemas jurídicos mencionados; a realidade social impôs uma conformação teórica e não o contrário.

As medidas constantes da *Magna Charta Libertatum*, uma aspiração social, estavam incrustadas, na mente coletiva, para usar a feliz expressão de Paulo Napoleão Nogueira da Silva (2001). Tal fato possibilitou intensa interação, que autenticou as regras pela efetividade.

Do direito inglês, *o due process of law*, foi levado para as treze colônias americanas e foi estratificado na emenda cinco nos seguintes termos:

Nenhuma pessoa será detida para responder por crime capital ou hediondo, a menos que apresentada ou indiciada por um grande júri, exceto em casos levantados perante as forças terrestres e navais, ou milícia, quando em efetivo serviço em tempo de guerra ou perigo público; nem será pessoa alguma sujeita por duas vezes à mesma ofensa, colocando em risco sua vida ou parte do corpo; nem ser compelida em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesma, nem ser privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo, nem a propriedade privada ser tomada para uso público sem justa compensação (MOURA, 2000, p.43).

No direito brasileiro, a previsão do Devido Processo Legal, em nível constitucional e de forma expressa, ocorreu com a constituição de 1988, no artigo 5º, inciso LIV; anteriormente, constavam das constituições alguns princípios dispersos, que induziam à adoção, ainda que formalmente, do Devido Processo Legal.

Nossa constituição atual, giza o contorno do devido processo legal, principalmente, em quatro dispositivos; que tratam do acesso à justiça ou inafastabilidade da

jurisdição, - artigo 5º, XXXV -; do juiz natural, garantia de julgamento por órgão previamente estabelecido para uma generalidade de situações - artigo 5º, LIII -; do Devido Processo Legal propriamente dito, garantia ao indivíduo de um processo capaz de produzir ou realizar a justiça - artigo 5º, LIV -; do contraditório e ampla defesa, que estabelece a garantia de oportunidade de ação e reação das partes, incluso a cientificação dos fatos e efetividade da defesa - artigo 5º, LV.

Cumpram ainda lembrar a existência de vários subprincípios, inscritos no âmbito do Devido Processo Legal, integrando-os, assim como ocorre com os quatro outros acima referenciados. Com efeito, dispõe ainda a Constituição de 1988, no seu artigo 5º, sobre a proibição de provas ilícitas - LVI -; publicidade dos atos processuais como regra - LX -; prisão condicionada à situação de flagrância ou por ordem de autoridade competente - LXI -; presunção de inocência - LVIII -; comunicação de qualquer prisão ao juízo - LXII -; proibição de incomunicabilidade do preso - LXIII -; direito à liberdade provisória com ou sem fiança - LXVI -; identificação daqueles que prenderam e de quem interroga - LXIV -; manutenção do júri - XXXVIII -; individualização da pena - XLVI -; proscrição de pena de morte, perpétua, trabalhos forçados, banimento e cruéis - XLVI -, proibição de extradição de brasileiro nato e em regra do naturalizado, bem como do estrangeiro por crime político - LI e LII -; direito de permanecer calado e informações sobre outros direitos ao preso - LXIII -; direito a advogado - LXIII -, relaxamento imediato de prisão ilegal - LXV -; coisa julgada - XXXVI -; proibição de juízo ou tribunal de exceção - XXXVIII - e no artigo 93 - IX -, obriga a motivação das decisões.

Há ainda que consignar-se, na base da maioria dos dispositivos em questão e a dar-lhes fundamento, está o princípio da dignidade da pessoa humana inserto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Com efeito não teria sentido, a liberdade e justiça sem objetivar a preservação da dignidade da pessoa, regra implícita no Devido Processo Legal,

envolvendo a idéia de valores culturais, éticos, filosóficos e religiosos, que devem prevalecer ainda contra e apesar do interesse coletivo, constituindo-se em um núcleo de direitos afetos à pessoa humana, absolutamente invulnerável, prestando-se como exemplo marcante, o disposto no inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe sobre o direito do preso de permanecer calado e contar com assistência familiar e jurídica, originário da V emenda à Constituição americana que tem por fim, assim como a proibição de tortura -artigo 5º, III Constituição Federal - impedir que o preso seja submetido a tratamento degradante (MOURA, 2000, p. 131-2).

Todas as previsões constitucionais referenciadas, relacionam-se com o Devido Processo Legal, umas diretamente, outras de forma tangencial, restando considerar enfim, que o judiciário mantém uma posição de inércia e só atua se provocado for, em função a um litígio, ou seja, esgotada a via consensual, persistindo uma pretensão contrariada, o judiciário é chamado a agir para *jusdicere*³, entre as partes e pronuncia-se com exclusividade e soberanamente.

O Devido Processo Legal, que em sua origem influenciou na formação do Estado Democrático de Direito, hoje é parte integrante deste mesmo Estado, como instituto indispensável, a compor o sistema democrático, ao mesmo tempo em que integra o princípio democrático, na medida em que é direito e também garantia, conforme se verá adiante. Os dois conceitos integram-se de tal modo que poderíamos afirmar que não existe Estado democrático de direito, sem as garantias do devido processo legal, bem como que não é possível compreender-se a noção de Devido Processo Legal, fora do Estado Democrático de Direito; assim o Devido Processo Legal, é condicionante da caracterização de Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, a noção de Devido Processo Legal estava circunscrito à

³ Dizer o Direito

disciplina das limitações impostas ao Estado, quando pretendesse impor qualquer restrição aos direitos à vida, à liberdade e propriedade, ampliando-se depois, como forma de proteção a outros direitos individuais condicionantes da ação estatal. A decisão deveria ser alcançada com base em certos princípios formulados com vistas a um julgamento justo, alguns formando um núcleo principal, que serve de apoio aos demais; quais sejam inafastabilidade da jurisdição, ampla defesa e contraditório, juiz natural e presunção de inocência.

Temos na verdade, na constituição brasileira, uma série de subprincípios, integrando o princípio do Devido Processo Legal, que devido à má disposição no contexto da constituição, aparece como mais um princípio, relacionado com a realização da justiça e na mesma posição dos demais. Fato que gerou questionamentos, com relação ao alcance do Devido Processo Legal, que para alguns doutrinadores deve estender-se à análise pelo judiciário da razoabilidade do conteúdo da lei, dando origem a uma forma material do *due process of law*, a par da forma processual, dualidade esta, aceita no direito americano e discutível no direito brasileiro.

Ainda sobre o alcance do Devido Processo Legal, deduz-se do disposto no artigo 5º, LV da Constituição Federal que impõe-se a observância do Devido Processo Legal não só no processo judicial, mas também no administrativo.

A proteção jurídica estabelecida pelas normas de cunho material, não será efetiva, se não dispõe-se de garantias processuais que darão exeqüibilidade às normas de proteção; assim, as garantias processuais, constituem-se em normas de conteúdo material e processual, na medida em que consiste no direito a uma decisão racionalmente justa, decorrendo daí, sua natureza substantiva, caracterizada pelo aspecto de direito subjetivo e, ao mesmo tempo, prescreve genericamente regras procedimentais, portanto de natureza processual ou instrumental.

A conceituação de direitos fundamentais compreende o de garantia e vai além daqueles estabelecidos na constituição, alcançando aqueles compreendidos no raio de ação da norma contida no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal de 1988, in verbis⁴:

Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Possibilita o dispositivo em questão, sem afrontar qualquer idéia positivista, que o conceito de direitos e garantias fundamentais compreenda aqueles direitos decorrentes do sentimento jurídico coletivo, embasado na dignidade da pessoa humana, portanto variável conforme o nível evolutivo de cada povo, ou seja, aquilo que está incrustado na mente coletiva, o que por certo permitiu e ou serviu de base para a classificação dos direitos fundamentais do individuo em direitos individuais de primeira, segunda e terceira geração, significando as várias fases de evolução e ampliação da base fundamental de direitos, considerados inerentes à natureza humana.

Do ponto de vista formal, caracterizam-se como direitos fundamentais todos aqueles elencados pela constituição e que contam com proteção especial, com relação à sua modificação, como por exemplo, aqueles consignados em cláusulas pétreas. Perde importância tal discussão, na medida em que o parágrafo 2º do artigo 5º da constituição de 1988, estendeu a abrangência do conceito de direitos fundamentais, conforme dito acima, para além da relação prevista na constituição, embora questões outras, relacionadas com o apego às idéias positivistas, o tenham transformado em letra morta.

⁴ Nestes termos

1.2 Constituição, o sistema democrático e o devido processo legal

Não basta uma constituição, onde conste os direitos e garantias individuais, para que um Estado caracterize-se como democrático de direito. A obediência meramente formal do princípio da tripartição dos poderes, formulados por Montesquieu (2003), obviamente não cumpre a finalidade de submeter o Estado à lei; por outro lado, ainda que a separação dos poderes seja real, factível, se não houver interatividade entre constituição e sociedade, restará inconclusa a idéia de um Estado ideal, submetido ao sistema jurídico tal qual o cidadão.

A garantia de efetiva independência dos poderes, inclusive o judiciário, representará a garantia de funcionabilidade do sistema democrático, oportunizando a forma mais importante de interação que é, sem dúvida, aquela realizada via judiciário, ou seja, através da particularização da norma aplicável a determinado caso concreto, realizando a concretude da constituição, até então, algo existente apenas formalmente, distante e às vezes aparentemente inalcançável.

É neste contexto que se põe o Devido Processo Legal, erigido por Canotilho (1998), conforme antes referenciado, a um dos pontos de partida para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. A existência de um sistema, que garanta o efetivo acesso à justiça é condição para realização do direito.

O Devido Processo Legal é, portanto, inerente ao Estado Democrático de Direito, posto que seria inadmissível falar-se em democracia, ausentes as condições de efetiva submissão do Estado às leis, uma vez que democracia pressupõe o acatamento da vontade popular, expressa pela maioria e assim integrada da idéia de liberdade, no sentido amplo do termo, que por sua vez torna-se factível, presentes as condições de exercício dos direitos e

garantias individuais, normatizados na constituição e garantidores do indivíduo em face do Estado, limitando o Estado em suas ações, toda vez que deparar-se com direitos individuais fundamentais, uma vez que o próprio Estado, foi concebido nos termos da mesma constituição que o delimita, na estrutura, organização e funcionabilidade, submetido à vontade do povo, que lhe dá suporte, através da soberania popular.

Formalmente perfeitas as concepções acima expendidas, é necessário alertar para o fato, que a forma não contém a realidade, serve apenas de parâmetro para o seu estudo e compreensão, antecipando possíveis soluções para a generalidade de situações que identificam-se por alguns pontos comuns, mas que diferenciam-se por outros tantos.

Tratando-se da conformação da interatividade de toda uma sociedade, imagine-se o grau de complexidade e por conseqüência a dificuldade de estabelecer-se preceitos o mais próximo possível da conformação social real.

Via de regra, aqueles que conduzem o processo de formalização, impacientam-se com as diversidades e incongruências decorrentes da nossa própria condição de seres imperfeitos, falíveis portanto, e tendem cada vez mais, incentivados pelos conceitos positivistas, a enquadrar a realidade, pretendendo fechá-la, por assim dizer, em uma forma de contornos intransponíveis, pretensão deveras impossível, razão da irrealidade da forma recortada pela norma, necessariamente alterada, ciclicamente, por um meio ou outro, ou seja, pelo consenso, quando há espaço para isso, como por exemplo, no caso das constituições sintéticas e flexíveis ou semi-flexíveis; ou pela força, promovendo-se a ruptura da ordem constitucional.

Analisando a relação indivíduo Estado, Paulo Fernando Silveira (2001), escreve que o indivíduo, modernamente, encontra-se de certa forma aprisionado pelo Estado, privado dos seus direitos mais elementares, fato da realidade que destoia da proposta de constituição do Estado, concebido para proteção do indivíduo e sua preservação e não para o

seu aniquilamento, negando-se por outro lado a base da democracia, a prevalência da vontade popular, expressa pela maioria, seguindo-se, na comparação entre a forma e a realidade distorções funcionais com relação à tripartição dos poderes, nem sempre tão harmônicos como deveriam e nem sempre tão independentes como o ideal.

1.3 - Devido processo legal; processual, material e administrativo

O fato da norma que contém o Devido Processo Legal, vir estratificada no artigo 5º, LIV, em meio a vários outros dispositivos contendo normas que inserem-se natural e logicamente no contexto *do due process of law*, levou a questionamentos, sobre o alcance da norma do inciso LIV, do artigo 5º da Constituição de 1988, ou seja, se teria o dispositivo em questão razão de ser, em face do Devido Processo Legal substantivo, ou material; já o Devido Processo Legal procedimental, ou processual, está consagrado nos vários incisos do artigo 5º, além do disposto, no artigo 93, IX.

Argumenta-se que o texto do artigo 5º, LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, foi importado do direito anglo-norte-americano, sendo o *due process of law* naqueles países empregado como garantia processual de decisão justa e também como meio de avaliar-se através do poder judiciário se determinada lei que disponha sobre direitos relativos à vida, liberdade e propriedade, é justa, razoável, podendo o judiciário decidir pela justiça do conteúdo normativo da lei e decretar a sua inconstitucionalidade; pelo que deve ter no Brasil, a mesma dimensão que tem no direito americano (FERREIRA FILHO, 1996).

Os argumentos apresentados são sedutores tanto mais, quando possibilita uma participação maior do judiciário, órgão técnico e dos três poderes, o mais distante das

atividades políticas, portanto em melhores condições de imparcialidade, na elaboração, ou melhor dizendo, na conformação do sentimento popular à norma. Ao estender o contraditório e a ampla defesa ao processo administrativo e aos acusados em geral, inquestionavelmente, deixou claro o constituinte de 1988, que onde houver acusado haverá ou obedecer-se-á ao Devido Processo Legal. Fundamenta-se, no direito conferido ao indivíduo, de ser ouvido antes de qualquer ação governamental que tenha por fim a imposição de uma sanção, ainda que de ordem administrativa, surpreendentemente, é incontestável, em nosso sistema jurídico a aplicação do Devido Processo Legal, na esfera administrativa, abolindo-se logo após a entrada em vigor da Constituição de 1988, procedimentos administrativos que não previam ou oportunizavam o direito de defesa, tal como aquele que denominava-se verdade sabida, pelo qual a autoridade policial estava autorizada a punir administrativamente seu subordinado, quando detectasse direta e pessoalmente a falta por ele cometida.

1.4 – Constituição e efetividade do devido processo legal

Conforme Paulo Napoleão Nogueira da Silva (2002), além do papel de ordenamento jurídico, cabe à ordem constitucional, uma função didática, que busca sedimentar o sentimento de nacionalidade, a assimilação de princípios e valores sociais na mente coletiva. Importante sob este aspecto, a clareza e precisão dos institutos previstos na Constituição; gerando maior precisão e clareza, maior sentimento social de sinceridade, levando à confiabilidade da norma, à crença na sua efetiva aplicação, ou seja, da sua presença no dia a dia do cidadão, da vida em sociedade.

Assim, a função didática da Constituição liga-se diretamente à questão da interatividade na construção de um sistema democrático funcional, efetivamente válido. É por

isso, que é importante a formulação dos princípios constitucionais; no caso do artigo 5º da Constituição de 1988, ao estabelecer o princípio do Devido Processo Legal, não o fez de forma sistematizada foi um tanto quanto lacônica. Ainda que disposto de forma adequada, o sistema democrático não funciona por si só, tal qual qualquer instrumento, e é esta sua natureza, instrumental, o princípio democrático precisa ser operacionalizado e o será com maior ou menor eficiência, conforme o grau maior ou menor de complexidade das regras de operação do sistema democrático.

Reconhecem-se as dificuldades em estabelecerem-se regras de relativa simplicidade, para operacionalização de um sistema, por si só extremamente complexo, contudo observa-se também que a profusão de normas, em decorrência da assimilação de idéias positivistas, vem inviabilizando a operacionalidade do sistema democrático, sendo tais normas, no mais das vezes, curiosamente, editadas a pretexto de propiciar o fundamento do sistema democrático e assim garantir efetividade aos princípios democráticos.

A ocorrência de tal fato, sobretudo entre nós, no Brasil, se dá, em razão do domínio perene de uma minoria que representa interesses de grupos e elaboram as leis, visando estes mesmos grupos; conseqüentemente, e tendo em vista a mentalidade positivista reinante, as regras não são definidas através de órgão técnico, o judiciário, pela interação dos princípios com a sociedade, mas através de normas oriundas do legislativo, órgão iminentemente político, que nem sempre pode seguir um caminho reto na busca do objetivo da norma, em razão dos interesses que representa e obriga-se então a produzir desvios, tantos que inviabiliza, no caso em questão, a operacionalidade do sistema, gerando por conseqüência a desconfiança no sistema democrático, não na democracia, não nos princípios democráticos, mas sim no sistema propriamente dito, levando à mente coletiva a sensação que “não vai funcionar” (NOGUEIRA DA SILVA, 2002, p. 107).

Especialmente com relação ao Devido Processo Legal, patenteando a sua não efetividade, basta citarmos o contraditório diferido, neologismo criado para justificar o injustificável, a ausência de contraditório por ocasião da realização de provas definitivas, no inquérito policial, incluindo-se entre aqueles que entendem que o Devido Processo Legal alcança o inquérito policial, Paulo Fernando Silveira (2001).

1.5 O positivismo e o devido processo legal

1.5.1 Aspectos históricos do positivismo

Com a dissolução da sociedade medieval e o surgimento do Estado Moderno, modifica-se substancialmente, a conformação organizacional da sociedade de então, que perde a condição de pluralista, ou seja, composta de vários agrupamentos sociais munidos cada um deles, de ordenamento jurídico próprio.

Nestas sociedades o regramento social, as regras de convivência, eram forjadas nos usos e costumes, pela interação social, que sedimentavam regras de conduta; e uma vez assimiladas, constituíam-se em normas. Como diz Norberto Bobbio (1995) o direito constituía-se em um fato social; a produção de normas não estava afeta ao estado, mas à sociedade civil.

O Estado Moderno reivindica para si todos os poderes de criar e estabelecer o direito, tornando-o único, pela unicidade da aplicação das regras sociais, que seriam exclusivamente aquelas pelo próprio Estado produzidas, ou aquelas por ele reconhecidas, dentre as que se formavam consuetudinariamente. Consubstancia-se a estrutura monista de Estado, contrapondo-se àquela até então vigente de Estado pluralista.

A fragilidade do sistema pluralista, sem consistência organizacional, de molde a possibilitar a uniformidade de regras sociais, ainda que nos aspectos mais generalizantes; a frustração das mínimas possibilidades de uma interação social mais ampla e mais abrangente; a ausência de força coativa, a impor as regras além dos burgos, levaram, entre outros fatores, ao fortalecimento da idéia de Estado unitário, pela sua conformação organizacional, em melhores condições de produzir e aplicar o ordenamento jurídico de maneira mais uniforme e efetiva, dando-se início ao fenômeno que Norberto Bobbio denominou de “processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado” (1995, p. 27).

Como não podia deixar de ser, a passagem do Estado pluralista para o unitário levou a questionamentos sobre as fontes do Direito, antes formulado, concebido pelas próprias sociedades, através de natural processo de interação, conforme acima visto; concepção esta, agora controlada pelo Estado que concentra todos os poderes, seguindo-se, por um processo de fortalecimento constante dos poderes de estado, até a concepção de estado absoluto, a ponto de confundir-se a lei e o Estado, na pessoa do monarca, que pode enfim afirmar: a lei sou eu.

Postas as coisas agora, de forma diversa, com tudo passando pelo crivo do Estado, torna-se necessário rever o modo de conceber as categorias do próprio direito, já que não mais se permitia a escolha da regra a ser aplicada pelo julgador; ele estava adstrito às normas postas pelo Estado, tendo ele mesmo, juiz, transformado-se em; de livre órgão da sociedade em órgão do Estado.

Antes da complementação da idéia de Estado Moderno, ao Estado competia apenas a nomeação do juiz para a tarefa de solucionar os conflitos intersubjetivos, que para tanto, buscava a norma de aplicação ao caso, nos costumes e na equidade. A concepção de Estado Moderno choca-se com as idéias jus naturalistas, a respeito da existência de uma

sociedade, naturalmente organizada, limitando-se a intervenção do Estado a dar estabilidade às relações jurídicas já existentes, ligando-se à transformação do órgão jurisdicional, de social, para estatal, a concepção dualista de direitos - direito natural, direito positivo - à monista - apenas o direito positivo (BOBBIO, 1995). Segundo o autor o fato que marcou o processo de monopolização da produção jurídica por parte dos estados modernos, foi a compilação de Justiniano, que reuniu no *corpus juris civilis*⁵ um complexo de normas forjadas a partir da atividade jurisdicional secular, perdendo tais normas sua condição de origem social, para integrar o ordenamento formal, que extrai sua condição de viabilidade da vontade do Estado, leia-se, do Príncipe.

Segue o direito romano sua trajetória de expansão, logrando aplicação, inclusive onde o império romano jamais havia chegado e apesar de sua conotação oficial, atinge na idade média a categoria de *jus gentium*⁶, subordinando vários direitos locais, assim como as organizações sociais subordinavam-se ao império, estabelecendo-se a contraposição entre *jus comune*⁷ e *jus proprium*⁸, culminando com o predomínio do direito do Estado. Considerando-se qualquer das vertentes, pelas quais desenvolveu-se o processo de monopolização da produção jurídica, chegar-se-á à mesma conclusão sobre a estreita conexão entre a formação do Estado absoluto e o processo em questão (BOBBIO, 1995).

Na Inglaterra, o desenvolvimento do processo de monopolização da produção jurídica, para usar linguagem patenteada por Bobbio, não se concretiza com a mesma dimensão e velocidade, estabelecendo uma realidade diversa daquela da Europa continental, colocando-se em contraste a *common law*⁹ e *statute law*¹⁰. A *common law* representa um direito consuetudinário, originário da interação social, aplicada por juizes

⁵ Corpo de direito civil

⁶ Direito das Gentes

⁷ Direito Comum

⁸ Direito Próprio

⁹ Sistema no qual o costume prevalece sobre o direito escrito

¹⁰ Legislação Codificada

nomeados pelo Estado e que posteriormente transforma-se, agregando um conjunto de normas extraídas a partir da atividade jurisdicional, que foi propiciado pela vigência do sistema do precedente obrigatório, caracterizado pela obrigatoriedade do acatamento pelo juiz posterior de decisões anteriores em casos semelhantes, de solução de conflitos individuais.

Embora muito longe da amplitude e velocidade com que o Estado assumiu o poder, de maneira que sequer poderíamos utilizar a mesma denominação dada por Bobbio (1995) para o que ocorreu na Europa continental, também na Inglaterra, reafirma-se o poder estatal, atribuindo-se ao Rei o poder de governar e de aplicar as leis, mas ao contrário do que ocorreu no continente, na ilha, prevaleceu a força da *common law*, base para a decisão dos juízes nomeados pelo Rei, prevalecendo ainda sobre o *statute law*, que só pode ser admitido, se não contrariar a *common law*.

O poder do Rei e posteriormente também o poder do parlamento é limitado pela *common law*, desenvolvendo-se na prática, a separação de poderes, teorizada depois por Montesquieu (apud BOBBIO, 1995). Apesar de enfrentar opositores do porte de Thomas Hobbes, amparada pela defesa veemente de figuras destacadas, como Eduard Coke, a *common law*, segue imutável em seus princípios, a despeito das críticas relacionadas com a insegurança jurídica, que parece não ocorrer na Inglaterra.

A coexistência de dois poderes paralelos, o da igreja e o do Estado, levou a um estado de anarquia, parte do conjunto de fatos, que motivaram Hobbes (apud BOBBIO, 1995) em suas críticas à *common law*. A anarquia provocada pelo embate entre religiões, ocorrido no século XVII, não apresenta, essencialmente, diferença com o que ocorre hoje; haverá sempre dissensões sociais entre grupos, mais ou menos influentes, acarretando conflitos mais ou menos intensos, a exigir uma ação estatal; ou no sentido de posicionar-se a favor de um determinado grupo, aniquilando o outro, conforme os princípios do Estado dito

absoluto, ou monitorando o conflito, reduzindo-o através de controle efetivo às dimensões do ordenamento jurídico, posição coerente com os princípios do Estado liberal.

Resulta do que ficou acima exposto, que na realidade, o liberalismo acolheu a solução absolutista, no que tange as relações entre o legislador e o juiz, *in verbis* na verdade, a concepção liberal acolhe a solução dada pela concepção absolutista ao problema entre as relações de legislador e juiz, a saber, o assim dito dogma da *onipotência do legislador* - a teoria da monopolização da produção jurídica por parte do legislador -; as codificações, que representam o máximo triunfo celebrado por este dogma, não são um produto do absolutismo, mas do iluminismo e da concepção liberal do Estado.

Postas nestes termos, fácil compreender que nas duas formas de concepção do Estado, absoluto ou liberal, ocorrendo a eliminação de poderes intermediários com a atribuição de plenos poderes ao legislador, correspondente à posição absolutista, revela-se também aspectos da concepção liberal, entendendo-se que se garante ao cidadão contra o arbítrio do juiz, em função da possibilidade da utilização de dados subjetivos no julgamento dos conflitos individuais. Por outro lado, fica o indivíduo exposto ao arbítrio do legislador, que pode alcançar dimensões maiores, uma vez que dispõe para toda a sociedade e não individualmente para as partes; além da possibilidade também de ampliação dos males em si do positivismo, representada pelo formalismo e o imperativismo.

Na busca de solução para a exposição do indivíduo à arbitrariedade do legislativo, o liberalismo investiu na idéia da separação dos poderes e da representatividade. Pensou-se que, atribuindo-se o poder de legislar a um órgão diferente daquele representado pelo Príncipe, subordinado-se, também o Estado à lei estaria consubstanciado um sistema eficiente de limitação do Estado; e expandido-se o exercício do poder, através da representação popular e não mais de uma minoria, estaria solucionado o problema do exercício arbitrário do poder, que exercido pelo povo, haveria de o ser no seu interesse.

Teoricamente, estaria solucionado o problema do arbítrio estatal no exercício do poder, agora tripartido na concepção de Montesquieu (apud BOBBIO, 1995).

1.5.2 O positivismo e sua influência na regulamentação do devido processo legal

O descompromisso com o conteúdo da lei, com a justificação de sua finalidade, resumindo-se a razão de ser da norma a uma questão de competência, para impor, por determinada forma, sua observância; portanto, atendendo-se o formalismo necessário, com base no poder de império - imperativismo -, levou a uma produção legislativa acelerada, desproposital e desproporcional.

No Brasil, tal falta de compromisso chegou ao ponto que, sequer a questão hierárquica, que deveria ditar uma conformação entre as várias ordens jurídicas, hierarquicamente dispostas, escapou à sanha positivista. O conjunto de informações condensadas pelos princípios estruturais, a rigor deveriam nortear o conjunto de disposições constitucionais ou regras constitucionais, limitando-se estas a especificar os princípios que constituem a base do Estado e, portanto, estão acima das demais regras que os especificam, já que limitam o alcance destas.

Aliás, tais regras só tem sentido e razão de ser, na medida em que servem de instrumento para a efetividade dos princípios basilares e, portanto, guardam com relação à estes, uma posição hierárquica de subordinação; entre normas constitucionais e os princípios basilares, estes devem prevalecer, resultando naturalmente, uma hierarquia entre as próprias regras constitucionais, que por sua vez, deveriam condicionar a edição, na forma e na essência de toda a legislação infra-constitucional.

A subordinação hierárquica entre as normas ocorre normalmente, apenas sob o aspecto formal. Diante da idéia positivista, no sentido que a forma para a imperatividade, é

o suficiente para justificar a norma, não existe nenhuma preocupação em se legislar para o nada, e a pretexto de tudo, atravessando uma enormidade de verdadeiros entulhos normativos, entre os princípios, ou normas gerais e os seus destinatários, o cidadão, o que elimina qualquer possibilidade de compreensão das regras realmente propostas, de convivência social, desqualificando-as portanto e impedindo a sua efetivação pela interatividade.

A cultura jurídica Brasileira, extremamente positivista, leva a um culto exagerado ao ato de autoridade, da norma como causa e razão de ser de quase tudo, levando à idéia distorcida de que a edição de mais leis resolve os problemas mais variados. Conforme Paulo Napoleão Nogueira da Silva (2002), o destaque conferido à jurisdição, prevendo atos de autoridade, trouxe por conseqüência a valorização dada pelos operadores do direito, muito mais que ao provimento judicial em si, do que à regularidade procedimental, estabelecida em função dos direitos e garantias individuais e das liberdades públicas, no desenvolvimento do processo judicial, completando-se o quadro, conforme a ação de outros operadores do direito, que até buscam conhecimentos específicos para atuarem em acordo com tal realidade; conseqüentemente, as garantias processuais, apresentam-se muito mais formais que reais ou materiais; exemplo disso é o fato da não admissão de exame de provas em recursos especial e extraordinário.

As amarras do positivismo seguram ou retardam o desabrochar do Devido Processo Legal, a legislação procedimental responsável pela integração do princípio é burocratizante e inoperante. A previsão de normas processuais, a pretexto de garantir direitos individuais, levou, à idéia do indivíduo contra o Estado, esquecendo que ao processo cabe alcançar a efetivação do direito, para que ele cumpra sua função de harmonização social, logo, busca o processo, em última análise, realizar o interesse social, portanto de cada um e de todos.

As regras processuais, ainda que processadas legalmente, editadas por quem tenha competência formal para tanto, não podem prestar-se a modificar a verdade, ao contrário são postas para efetivar aclarar, demonstrar a verdade, no sentido de delimitar e evidenciar o fato sobre o qual incide as normas do direito material, possibilitando a sua efetividade ou seja, a sua aplicação em concreto.

Os princípios constitucionais decorrentes ou implícitos têm aplicação limitada pela ótica do positivismo vigente na cultura jurídica brasileira; a proposta do parágrafo segundo do artigo quinto da Constituição de 1988 é mais formal que material; tal estado de coisas, ou seja, o formalismo acentuado, levando ao faz de conta jurídico, levou ao que se denomina de direito alternativo, trazendo na base do pensamento, a possibilidade de aplicação do princípio que motivou a norma jurídica amainando os rigores do positivismo.

1.5.3 A interação através das decisões judiciais, como fator de efetividade do devido processo legal

A soberania popular, base fundamental do princípio democrático, intensifica-se, ganha consistência e realidade, na medida em que a interação social lhe confere eficácia real, efetividade. A interação alimenta e fortalece a efetividade, que por sua vez intensifica a interação, numa constante sinergia, em prol da consolidação da Democracia, em constante processo de aperfeiçoamento, na busca da harmonia social, com base no exercício da soberania popular; a qual permanece como um corpo sem alma que a anime, ausente o seu efetivo exercício.

Dos princípios estruturantes às normas infraconstitucionais, descendo até o mais simples ato normativo, deve-se ter a informá-los, o princípio democrático, ancorado na vontade soberana da população. Cumpre ao legislador, deixar claro na norma, a delimitação

de seu conteúdo, a viabilidade prática da proposta nela contida e os reais meios de sua efetividade, como forma de garantir à população, participação ativa, concretizando a necessidade da interação norma legal-sociedade.

No Estado Democrático de Direito, a Norma não deve prestar-se pura e simplesmente a fixar um comando; finalidade que satisfaz plenamente em um regime autoritário; ou conter promessas vãs, sem finalidade prática ou factível, o que basta para a satisfação de um regime aparentemente democrático, cujas propostas meramente formais de democracia, presta-se na realidade, para encobrir a realidade de um regime autoritário.

Exige-se muito mais da norma, em termos de conteúdo, além de razoável e justa na proposta que encerra; além de cumprir a finalidade de ordenar a vida em sociedade, precisa ir além, principalmente as normas constitucionais e cumprirem sua função didática, buscando sedimentar o sentimento de nacionalidade, a assimilação de princípios e valores sociais na mente coletiva, buscando enfim condições adequadas de interagir com a população e efetivar-se, passando a fazer parte do dia a dia social, consolidando o processo democrático, a soberania popular.

O sistema político, qualquer que seja, monarquia ou república, parlamentarismo ou presidencialismo, assim como organização político-administrativo, unitária ou federal, não interferem, em princípio, com a questão de melhores ou piores condições de vida em sociedade. Importa isto sim, que esteja em acordo com aquilo que a sociedade almeja; que seja o reconhecimento da maneira de ser da sociedade e não algo imposto, com o fim de enquadrar a sociedade.

No Brasil, desenvolveu-se a cultura das oligarquias políticas, à sombra do Estado unitário, num processo de sedimentação de quatrocentos anos; após o que, abruptamente instalou-se um presidencialismo forte, com o executivo desequilibrando a frágil estrutura da tripartição dos poderes. Tais fatos trazem em si a insegurança quanto à aceitação

social de um e outro sistema e principalmente quanto à efetividade das normas constitucionais a respeito e, por extensão, ao princípio democrático.

O Devido Processo Legal, é, no nosso sistema jurídico, submetido à interpretação dos aplicadores e operadores do direito em geral. Tal fato, leva à desconfiança do jurisdicionado no sistema, funcionando contra a interação com a sociedade, impossibilitando por conseqüência a efetividade do princípio em questão, levando descrédito ao judiciário; mais uma vez, o apego exagerado à norma, levou às distorções mencionadas, que abrem um fosso entre o real e o formal.

O localismo e a imprecisão constitucional sobre o devido processo legal, carrou para o legislador processual a condição de inapto para garantir direitos procedimentais dos litigantes, fato desconsiderado também pela jurisprudência. A existência de um recurso próprio, destinado exclusivamente a corrigir erros de procedimento, prestando-se a efetivar as garantias de um Devido Processo Legal, com normas subordinadas à ordem constitucional, dando-lhe a necessária concretude, auxiliaria na interação judicial do princípio, posto que obrigaria os julgadores de primeira instância a deterem-se em análise mais profunda, a respeito da obediência às regras do *due process of law*, a par de decisões mais céleres para evitar a desmoralização da norma, posto que, justiça tardia, infringe o princípio, por ser ato sem eficácia, sem efetividade, um faz-de-conta; a celeridade é ínsita ao Devido Processo Legal (NOGUEIRA DA SILVA, 2001).

Concluindo, a estabilidade política, por conseqüência a perenidade da ordem constitucional, a forma de Constituição sintética, a integração direta, na medida do possível sem vincular-se aos postulados positivistas, são fatores que propiciam melhor interação entre a Constituição e a Sociedade, vale dizer dos princípios constitucionais e indivíduo, tornando-os lugar comum em sua vida e por conseqüência na vida da sociedade, gerando uma cultura própria na mente coletiva. A interação é o instrumento adequado para tirar as idéias

democráticas da forma para a vida real, principalmente a interação no judiciário, a interação pela decisão judicial rápida, precisa, justa, fazendo-se presente na vida do cidadão de maneira incisiva, não só para castigá-lo, mas para deixar claro, sem qualquer dúvida, que os direitos garantidos decorrentes do princípio democrático, entre eles a igualdade, são efetivos, reais, enfim.

Uma análise da legislação brasileira, principalmente da constituição, poderia levar à conclusão que é plenamente observado o Devido Processo Legal, falta, contudo efetividade; as regras que compõem o Devido Processo Legal não são observadas de fato, na atuação diária dos operadores do direito, inclusive os advogados, pouco se atem às questões procedimentais. Em quase nada reflete na ação dos aplicadores do Direito a consciência do Devido Processo Legal; em plena vigência, o princípio da presunção de inocência, aceita-se a denúncia na maioria dos casos sem qualquer análise, ainda que superficial, sobre sua consistência, formal e material; apesar de previsto legalmente, na prática inexistente juízo de admissibilidade da denúncia.

Os problemas são muitos e de várias ordens, entre os quais destaca-se a exigüidade de recursos destinados ao judiciário, que não corresponde a importância que ele tem no contexto social, pela atividade que desempenha. A defasagem entre o necessário e efetivo desempenho do judiciário, leva à resignação com o injusto, que prejudica a interação, que deságua na falta de efetividade e descrédito das normas constitucionais, entre elas aquelas que consignam o princípio do Devido Processo Legal.

1.6 Subprincípios integrantes do devido processo legal, e a prova

1.6.1 Inafastabilidade da jurisdição e juiz natural

O Estado democrático de direito, pressupõe a independência dos poderes, inclusive do judiciário. Com efeito, a tripartição dos poderes proposta por Montesquieu (2003) não deve ser considerada apenas sob os seus aspectos formais, para a caracterização do Estado Democrático de Direito; antes, requer uma estruturação capaz de tornar efetiva, a proposta de um Estado submetido à lei elaborada por outro poder que não aquele que as executa; assim é que a independência do judiciário, e como corolário lógico a independência e imparcialidade do juiz, aflora como algo indispensável à concretização do princípio democrático e como tal, constitui-se em pressuposto lógico do Devido Processo Legal, integrando-se a esta idéia o subprincípio da inafastabilidade da jurisdição, que complementa a idéia de independência do judiciário, atribuindo-lhe com exclusividade a função de dizer o direito, soberanamente; “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, conforme o artigo 5º, inciso XXXV, Constituição Federal.

Depois de conferir ao judiciário a exclusividade da função jurisdicional, o constituinte coroa o sistema, atribuindo soberania às decisões judiciais, através da prescrição da coisa julgada, proibindo a modificação de situação já decidida definitivamente; mantendo o júri como órgão jurisdicional com competência para julgar os crimes contra a vida. Finalmente, constam ainda dos artigos 5º, LVII e 93, IX, dois importantes subprincípios, integrantes do princípio do Devido Processo Legal.

O primeiro, diz respeito à idéia que deve nortear os atos processuais, incluso, decisões relacionadas com medidas cautelares. Com efeito, é preciso ter sempre em mente, na atuação em face do processo, que enquanto não sobrevier a condenação, o acusado

é presumivelmente inocente, decorrendo desta condição, conseqüências várias, entre as quais a exigência dos requisitos; *fumus bonis juris e periculum in mora*¹¹, na decretação de prisão temporária, a chamada prisão sem pena. O segundo obriga a fundamentação das decisões, como forma de garantir a imparcialidade do juiz, confirmando o princípio do livre convencimento, que norteia as decisões judiciais.

Assim como o disposto no artigo 1º da Constituição de 1988, condiciona todas as demais regras ao princípio democrático, que em função do disposto naquele artigo paira soberano sobre os demais princípios; guardadas as devidas proporções, também o disposto no artigo 5º, XXXV, é condicionante da estruturação do poder judiciário, no que tange às suas funções.

Consagra a constituição federal o princípio da tripartição dos poderes, reservando ao poder judiciário a função de dizer o direito em cada situação concreta, não passível de solução consensual; por outras palavras, reservou-se ao poder judiciário a individualização da norma, genericamente estabelecida pelo legislativo, em face de cada situação concreta ainda que desta mesma situação participe o Estado, agora, na condição de parte, funcionando como julgador dos limites do poder legiferante exercido pelo Estado, principalmente através do legislativo.

Importante observar que tal dispositivo integra o conjunto de garantias e direitos individuais, colocando-se na condição de ditar regras para a estruturação dos poderes, prestando-se tal fato para evidenciar a importância dos direitos do indivíduo para o constituinte, assumindo claramente a posição consentânea com a realidade, que o Estado presta-se à consecução dos fins visados pelo homem em sociedade; de forma alguma constitui-se de um fim em si mesmo.

¹¹ Fumaça do bom direito e perigo na demora

O subprincípio designado por Juiz natural, pressupõe natural e logicamente da inafastabilidade da jurisdição e da mesma forma, integra o princípio do Devido Processo Legal. Previsto no artigo 5º, LIII da Constituição atual, consiste basicamente, na garantia da previsão legal dos órgãos encarregados do julgamento de uma generalidade de fatos e pessoas, encartados em um mesmo contexto. Confirma a proibição de Tribunal ou juízo de exceção, previsto no artigo 5º, XXXVIII e tem por finalidade garantir a imparcialidade do juízo, previsto para julgar situações genéricas, e não propriamente pessoas; estabelece-se o juízo competente para causa, identificada pelo fato juridicamente previsto, de maneira que as partes submetem-se a determinado juízo, em função do fato jurídico ao qual se ligam, e não propriamente em função da identidade de cada uma, possibilitando a definição do juízo, antes das partes a ele recorrerem.

O Princípio do juiz natural, ou certo, como quer Paulo Napoleão Nogueira da Silva (2001) pode ser regulamentado pela legislação infra-constitucional, mas não abolido em face de tal ou qual circunstância, nem mesmo por emenda constitucional, posto que está inscrito entre as cláusulas pétreas mencionadas pelo artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988, inserido que se encontra, no rol dos direitos e garantias individuais.

Neste sentido, conforme o autor, é inconstitucional, todas as normas que disponham sobre prerrogativa de foro, constituindo-se em tribunais de exceção, em afronta ao artigo 5º, XXXVIII da Constituição Federal Brasileira, as cortes militares, quando julgam militares, por crimes cometidos contra civil. Por aí se vê que inexistente a figura do promotor natural, mesmo porque esse fato contrariaria os princípios da instituição do Ministério Público, conforme disposto no artigo 127, 1º, e C.P.P., artigos 5º, 6º e 24º.

Significa dizer que o acusado tem direito de ser julgado pelo juiz que é competente normalmente para aquele caso, de acordo com a lei. Não se admite juiz ou tribunal especial para o caso comum, nem por ser o réu também pessoa especial.

Revela-se, a nosso ver pois, inconstitucional, seja por ferir o princípio da igualdade, seja por maltratar a cláusula do Devido Processo Legal, concessão, por lei, ou mesmo por norma constitucional, da chamada prerrogativa de foro de que gozam deputados, senadores, governadores de Estados, deputados estaduais, prefeitos municipais, juízes e promotores; julgados por juízes outros que não o do distrito da culpa; - onde ocorreu o crime-. Também constituem tribunais de exceção as cortes militares, quando julgam o militar por crime praticado contra civil. Em virtude do Devido Processo Legal, lei abusiva não pode retirar dos juízes ou tribunais sua normal jurisdição sob pena de afastar do feito o juiz natural.

A verdade dessa proposição decorre, ainda, do princípio da separação dos poderes, uma vez que a constituição atribui aos tribunais sua jurisdição e competência, que não podem ser anuladas, sob pena de inconstitucionalidade. O poder do juiz de primeiro grau de julgar os casos que lhe são apresentados e o poder dos tribunais de julgar apelações decorrem diretamente dos princípios democráticos adotados pelo regime de governo e têm como fonte direta a própria Constituição Federal. Além do mais, o poder de modificar a jurisdição e a competência dos tribunais é um poder que só se admite quando não as abole ou destrói.

Neste contexto, ocorre aquilo que Otto Bachof (1994) denominou de normas constitucionais, inconstitucionais. A questão reside em saber se é admissível ou não a inconstitucionalidade de normas constantes de uma constituição e formalmente em acordo com as regras de edição, porém em contradição com normas constitucionais, tidas como de grau superior.

Depois de admitir categoricamente a existência de normas constitucionais hierarquicamente superiores em uma mesma constituição, citando inclusive julgados dos tribunais alemães, o autor comenta especificamente o caso em pauta, de normas constitucionais em contradição e manifesta-se pela não vinculação da norma contraditória

quando o fato abrangido por ela não puder enquadrar-se no âmbito da norma superior contrariada, como exceção ao princípio que encerra e não representa uma negativa, pura e simples dos direitos decorrentes do princípio que encerra a norma hierarquicamente superior (BACHOF, 1994).

1.6.2 Contraditório e ampla defesa

Inquestionavelmente, o contraditório e a ampla defesa inserem-se no contexto do Devido Processo Legal. Com assento no artigo 5º, LV, o contraditório pressupõe o conhecimento de fatos alegados e oportunidade para manifestar-se sobre eles, propiciando o debate da causa posta em juízo, com igualdade de condições entre as partes, fornecendo ao julgador base segura para proferir sua decisão, necessariamente relacionada com as argumentações das partes, tendo em vista a obrigatoriedade de fundamentação das decisões.

A ampla defesa, prevista no mesmo dispositivo constitucional pressupõe a participação efetiva do acusado na atividade probatória, integrando-se do direito à prova; enfim, do direito de participação no processo, não limitando-se à oportunidade meramente formal de defender-se; a esse respeito, é importante discutir a questão da atividade probatória, na fase pré-processual, nos autos do inquérito policial, quando são produzidas provas materiais, no mais das vezes, com valor definitivo, impossibilitando sua alteração, através do exercício, do que se denomina contraditório diferido.

1.6.3 A proibição de provas ilícitas

O direito à prova é limitado em face de várias circunstâncias afetas a outros direitos igualmente importantes, como, por exemplo, o impedimento de prestar depoimento imposto às pessoas relacionadas no artigo 207 do C.P.P., ou a recusa daqueles elencados no artigo 206; fato decorrente da relativização dos direitos do homem em face da vida em sociedade conforme coloca Ada Pellegrini Grinover (2000).

É no processo penal que se coloca com mais propriedade o drama representado pela contraposição entre a liberdade de prova; - objetivando atingir a verdade real, imposta em razão dos interesses indisponíveis em discussão -, pelo que não é aceitável nem mesmo a confissão como verdade incontestável; - e a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo, ou direitos da personalidade, tais como: a vida, a honra, a intimidade -, integridade física, mental e outros decorrentes do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, expresso pelo artigo 1º, inciso III da Constituição Federal:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento. III- a dignidade da pessoa humana

Que combinado com o artigo 5º, parágrafo 2º dá a idéia da dimensão de tais direitos; igualmente imprescindíveis para a convivência humana em sociedade:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: parágrafo 2º os direitos e garantias expressos nesta constituição não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Fazendo ainda parte da discussão o princípio da efetividade do processo penal como instrumento de realização do Direito Penal; condição imprescindível da possibilidade de vida em sociedade.

A importância dos direitos contrapostos, a fundamentalidade dos mesmos, exige a construção de um sistema de proibição de provas adequado à realidade fática, verdadeiramente em consonância com o pensamento que, num mundo regido por relatividades, não é possível conceber a idéia de direito absoluto; ainda que se trate do direito justificante de todos os outros, qual seja o direito à vida; relativizado em razão da necessidade de conferir-se legitimidade à defesa de igual direito.

O regramento das atividades probatórias desenvolvidas na persecução criminal, dividida em duas fases, pré-processual e processual; em particular na investigação criminal, faz-se necessário para a composição dos valores em conflito, estabelecendo-se já no âmbito legislativo da construção da norma, parâmetros aceitáveis para a aplicação do princípio da proporcionalidade, que será contextualizado num momento seguinte pela atividade jurisdicional; via de regra preciso, objetivo, em relação à vedação da prova produzida com infração às normas processuais, atribuindo-lhe as conseqüências de nulidade do ato e ineficácia da decisão nele lastreada; não conseguiu ainda o legislador, bem como a doutrina, o mesmo resultado quando se trata de prova vedada em razão de infração à legislação material, denominada prova ilícita, espécie de prova ilegal;

Constituem, assim, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da C.F.) ou das comunicações (art. 5º, XII, da C.F.); as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (art. 5º, III, da C.F.); as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da C.F.). (GRINOVER, 2000, p. 132).

Vislumbrado como um conjunto de regras sistematizadas, de proteção aos direitos fundamentais do indivíduo; perspectiva que deve sobrepor-se àquela da busca da verdade real como garantia de um julgamento justo, um sistema de proibição de provas deve visar principalmente a preservação dos direitos e garantias individuais em face da atividade probatória desenvolvida pelas partes e mesmo pelo juiz, nas hipóteses que isto lhe é permitido; sobretudo na atividade de pré-constituição de provas exercida pela Polícia Judiciária, onde aflora com toda força a contradição entre os valores já antes referenciados,

que se colocam na base do sistema da vida em sociedade; aqueles protegidos pelo Direito Penal e efetivados pelo Direito Processual Penal e aqueles atinentes à personalidade.

Avulta neste contexto, a importância de uma atuação equilibrada, imparcial, dos órgãos encarregados da execução da atividade de polícia judiciária, que tem por objetivo a pré-constituição da prova, pelos meios de prova, exemplificativamente previstos nos artigos 158 e seguintes do Código de Processo Penal e na legislação extravagante, reafirmando a inexistência de limites com relação aos meios de prova no processo penal, fato de resto plenamente confirmado na prática, pela criatividade da Polícia Judiciária, que a todo instante, inova nos meios de provar fatos os mais variados e suas respectivas autorias.

A certeza que o momento propício ao confronto de valores é o da fase pré-processual, consiste no fato que a violação do direito à intimidade, à integridade física e mental, praticada pela Polícia e comumente aceita no período ditatorial e hoje combatida com relativa eficiência, principalmente pelos órgãos da corregedoria das Polícias, mudou apenas o foco, mas continua a ocorrer; e ao invés de vir, tais violações, representadas pelos atos de tortura e invasão de domicílio, consistem hoje, principalmente, na proliferação das interceptações das conversações por telefone e gravações clandestinas de som e imagens; que tem sido, em boa medida, o respaldo para ações eficientes da Polícia contra o crime organizado, superando em parte a fragilidade de outros meios de provas, em especial o testemunho, considerado uma temeridade nos dias atuais, por impor ao indivíduo, em variadas circunstâncias, uma carga muito além daquela que poderia suportar.

Identificada a fase pré-processual, como o principal momento de ocorrência dos confrontos entre valores sociais fundamentais, é preciso contextualizar a busca de soluções para os conflitos inevitáveis de valores, pressupondo a realidade imposta pelos fatos; questão que não se coloca apenas com relação ao nosso ordenamento jurídico, mas também de

outros Países, em especial o alemão e o americano, que reconhecem como fonte de provas ilícitas em especial, a atuação dos órgãos policiais e em especial de polícia judiciária.

É preciso dar consequência prática a tal constatação, ordenando com segurança; ainda que relativa, dado a complexidade da questão; as atividades de polícia judiciária, centrando tais atividades em órgãos específicos, preparados adequadamente para o desempenho de tal função, a ser cumprida sob estrito controle externo do juízo, órgão do qual decorre a delegação de tal atividade ao Delegado de polícia judiciária; encarregado de proceder à pré-instrução do processo, pré-constituindo provas que serão submetidas ao debate, no processo; tarefa parcialmente cumprida pelo constituinte; - artigo 144, parágrafos 1º e 4º da Constituição Federal -, da qual descurou-se o legislador infra-constitucional e dela abdicou boa parte dos operadores do direito:

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira destina-se a: I- apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei: Às polícias civis, dirigidas por Delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e à apuração de infrações penais, exceto as militares.

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, é hoje aceita, pela maioria dos doutrinadores e pela jurisprudência, buscando-se a correção de eventuais desequilíbrios, pela aplicação da teoria ou princípio da proporcionalidade, mormente em se tratando das chamadas provas ilícitas por derivação, que caracterizam-se pela licitude da prova em si, obtida contudo, por meios ilícitos, questão satisfatoriamente discutida no direito

comparado pelo estudo dos sistemas alemão - *Beweisverbote*¹² - e americano - *Exclusionary rules*¹³ -.

A proibição de provas ilícitas prevista no artigo 5º, LVI, pressupõe que a atividade probatória, desenvolvida pelas partes e às vezes levada a efeito por iniciativa do juiz, deve pautar-se pelas normas que a disciplina; assim é que o Devido Processo Legal impõe às partes, um rito procedimental a ser seguido, cujo descumprimento implica na proibição da prova, na modalidade, prova ilegítima.

Essa mesma atividade probatória, há que desenvolver-se, respeitando os direitos individuais, não se admitindo, em princípio, a violação de tais direitos, pela atividade probatória, fato que invalidaria a prova acoimada de prova proibida, na modalidade, prova ilícita, restando ainda, a caracterização de prova ilícita por derivação, que ocorre, quando a prova produzida em si é lícita, porém ocorreu violação de direitos individuais, quando do levantamento do meio de prova, que não se confunde com a prova; assim o conteúdo da comunicação interceptada constitui a prova, a interceptação o meio de prova.

Comprovada que a interceptação ocorreu de forma ilícita, embora a prova em si seja lícita, teremos uma prova ilícita por derivação, o que no sistema americano, *exclusionary rules*, é estudado dentro da teoria da árvore envenenada - *fruit of the poisonous tree*¹⁴ -, e no sistema de proibição de prova alemão - *beweisverbote* - se denomina de efeito a distância - *fernwirkung*¹⁵ (ANDRADE, 1992, p. 308).

De todo pertinente esclarecer, que apesar de antiga a questão sobre provas ilícitas, ainda não se logrou estabelecer um sistema seguro de proibição de provas; a universalidade do tema e sua constante discussão e evolução através dos tempos, justifica-se face à sua importância no contexto jurídico processual, relacionando-se diretamente com a

¹² Proibições de Provas

¹³ Exclusão de regras

¹⁴ Teoria do fruto da árvore envenenada

questão da efetividade do processo e em última análise do direito penal e dos direitos e garantias individuais constitucionalmente assegurados. O atual estágio de evolução do processo penal, mesmo o aperfeiçoamento do modelo acusatório, ainda não foi suficiente para conformar a atividade probatória à proteção aos direitos e garantias individuais.

A forma segue cunhando idéias, propostas desejáveis através dos tempos; cumprindo sua função propositiva do dever ser, refletiva da situação ideal, que se altera na exata medida e proporção que o ser humano evolui, restando sempre um espaço entre aquilo que é possível e o que é ideal.

A limitação da atividade probatória, em respeito à garantia dos direitos fundamentais e penalmente tutelados constitui fase vencida, na maioria dos países. A maior ou menor amplitude dessa limitação e a efetividade do processo penal em razão destas mesmas limitações, é o tema em debate e ainda inconcluso, mesmo nos países mais desenvolvidos, sobressaindo-se neste contexto, teorias elaboradas nos Estados Unidos e na Alemanha, através de intenso trabalho doutrinário e jurisprudencial.

Na Alemanha, informa Manuel Costa Andrade (1992), iniciou-se trabalho consistente de formulação de um sistema de proibição de provas em 1903 com Beling (apud ANDRADE, 1992), reimpulsionado a partir de 1966 com o quadragésimo sexto Congresso de juristas alemães, que discutiu como tema central, a proibição de provas, gerando escritos de doutrinadores renomados, revigorando-se a discussão do tema que se fez prevalentemente, no campo do direito material, contrariamente ao direito americano, que desenvolveu o sistema de proibição de provas, a partir de uma base marcadamente processual.

¹⁵ Regras do efeito-à-distância

1.6.3.1 O sistema alemão e americano de proibição de provas

As diferenças essenciais entre os sistemas alemão *Beweisverbote* e americano *exclusionary rules* assentam-se na base dos modelos de processo adotados por um ou outro; fato decorrente da diversidade do sistema jurídico americano, gerando modelo processual denominado acusatório puro, que em síntese, caracteriza-se por uma atuação prevalente das partes, na produção das provas; contrapondo-se ao modelo processual alemão, muito mais próximo do nosso, em que a função do juiz avulta-se no contexto probatório e é ele, em última análise, o responsável pela ordenação da produção de provas.

Apesar da disparidade de modelos de processos apresentar-se como importante para marcar a diferença entre os dois sistemas, avulta-se como elemento diferenciador, a natureza da base legal, a partir da qual se construiu os dois sistemas; prevalentemente processual no direito americano e material no alemão, diversificando por consequência, os caminhos para atingir-se o mesmo destino, representado pela necessidade de limitação do poder estatal, quando em confronto com direitos e garantias individuais; em última instância, pela necessidade de harmonização do sistema jurídico, prevalecendo no direito americano a idéia de deixar-se para análise em outras sedes, eventual conduta das partes processuais privadas, violadoras de garantias individuais, sendo o meio de prova obtido com tais condutas, às vezes, saudado com entusiasmo.

Conforme revela Manuel Costa Andrade:

Provas como fotografias, gravações, videogramas, diários ilicitamente obtidas por particulares são, de resto, particularmente saudadas pelo seu qualificado valor probatório. Como, reportando-se concretamente às gravações de vídeo, pode ler-se na decisão do caso *United States v. Janotte* (1982), elas são bem-vindas como some as most valuable tools possible (1992, p. 308).

De caráter nitidamente processual, o sistema de proibição de provas americano - *exclusionary rules* - estabelece fórmulas impostas à observância dos órgãos policiais, como meio de limitação do poder estatal em sua atividade de descobrimento de meios de prova, exercidos através da polícia. Pretende-se que a observância de determinadas regras quando da ação policial, leve à preservação dos direitos individuais, firmando a obrigatoriedade de obediência a tais regras, marcadamente solenes, pela exclusão de qualquer meio de prova, obtido pela polícia em discordância com as verdadeiras fórmulas impostas à observação.

Importa apenas e tão somente, a questão formal e não essencialmente posta com relação aos direitos individuais; assim é que, não se questiona sobre a efetiva lesão ao direito, mas principalmente se foi observada a regra de conduta imposta à polícia, ou seja, no caso de confissão de acusado, o que interessa saber, é se ele foi solenemente informado sobre sua liberdade de manifestação e não propriamente, se esta mesma liberdade foi ou não preservada. Como diz Costa Andrade, “a tutela material não é considerada como fundamento, mas como mera consequência derivada das proibições de valoração”(1992, p.308). Objetiva-se, primordialmente, com um tal sistema coibir a atividade abusiva da polícia, chegando Wigmore (apud ANDRADE, 1992, p. 308) a afirmar que as proibições de prova configuram *the only effectively available way*¹⁶, - o único caminho efetivamente disponível - para garantir a disciplina da atividade policial.

O sistema de proibição de provas alemão - *Beweisbervote* - foi dogmaticamente elaborado, a partir de normas de proteção a determinados direitos de cunho prevalentemente individual e afetos à personalidade. Traça aprioristicamente, regras, que a experiência ao depois se encarregará na prática, de confirmar ou não a prevalente necessidade de proteção do bem visado, no contexto em que é posta a questão, apresentado tal conjunto de

¹⁶ A única maneira eficaz disponível

regras, característica de relativa observância, exceto aquelas que tratam da proteção de direitos inquestionavelmente prevalentes como a vida, a saúde física e mental e a liberdade.

Parte o sistema alemão, diferentemente do americano, de um conjunto de regras, prevalentemente de direito material e visa dar ou garantir efetividade a estes mesmos direitos, concebidos na área do direito substantivo. Aqui, ao contrário do direito americano, o que interessa saber para fim de exclusão do meio de prova é se em razão da atividade probatória ocorreu lesão a direito individual.

Em princípio, a prova produzida com infração a direito individual deve ser excluída do processo, tendo em vista que a atividade probatória e a pretexto do direito à prova, não pode esbarrar em direitos individuais, mormente aqueles afetos à esfera íntima do indivíduo. *Beweisverbot* para Hermann (apud ANDRADE, 1992, p. 308), representa “meios processuais de imposição da tutela do direito material” e complementa este:

Trata-se de prevenir determinadas manifestações de danosidade social, garantindo-se a integridade física e de bens jurídicos prevalentemente pessoais. O mero fato de uma ação de investigação violar a StPO não é decisivo. O mais importante é saber se a intromissão na esfera íntima do acusado se pode ou não considerar justificada, em nome do relevo da infração que lhe é imputada (BRADLEY apud ANDRADE, p. 308).

As divergências observadas no plano teórico, entre os dois sistemas, materializam-se no plano prático, clareando substancialmente a questão. Costa Andrade (1992) traz à colação exemplos práticos a respeito dos quais a aplicação de um e outro sistema não deixa qualquer dúvida a respeito da disparidade das soluções prático-jurídicas encontradas. O primeiro caso, trata-se da apreensão de diário íntimo, contendo informações sobre determinado criminoso em apuração; o segundo retrata a obtenção ilícita de fichas clínicas de internados em estabelecimentos para tratamento de dependentes de drogas e o terceiro cuida da valoração da confissão do acusado. Eis, resumidamente os fatos e as considerações do autor sobre os mesmos. Primeiro (p. 308):

As diferenças assinaladas a nível da impostação de fundo e da compreensão dogmática das proibições de prova comunica-se ao plano das soluções prático-jurídicas. Onde não será difícil referenciar áreas problemáticas concretas a que o direito americano e germânico responde de forma desencontrada, se não mesmo oposta. É o que a citação, a título exemplar, de algumas constelações típicas ajudará a evidenciar. O contraste resulta claramente exposto à vista da resposta das duas ordens jurídicas ao problema da admissibilidade da valoração de diários pessoais. Para o direito americano, o que é decisiva é a ilicitude ou a licitude processual, do acesso ao diário. Tudo está fundamentalmente em saber se a polícia violou ou não os dispositivos legais e formais que definem e condicionam o exercício da sua competência, a valoração estará excluída se o diário foi apreendido de modo ilegal, nomeadamente por inobservância da exigência de mandato judicial. Mas já será admitida nos termos mais irrestritos, se puder concluir-se que a polícia não violou qualquer formalidade legal. Isto à semelhança do que sucederia com a apreensão de uma arma ou de um lenço que contém vestígios de abuso sexual sobre um menor (Morrison v. United States, 1958).

São outros os termos em que a questão é equacionada e solucionada na Alemanha. Decisivo é aqui, em primeiro lugar, o conteúdo do diário, isto é, na formulação do *BGH*¹⁷, saber se nele se exprime *o desenvolvimento da personalidade e não a sua degradação*. E, em segundo lugar, o relevo da nova e autônoma manifestação de danosidade social, sc., do novo atentado ao bem jurídico, que a valoração do diário em processo penal mediatiza. Nesta linha e continuando a apelar para a fundamentação da decisão do BGH a propósito do primeiro caso diário - 1964 -, quando estão em causa os registros atinentes à intimidade pessoal, “está, por princípio, excluída toda a intromissão na esfera privada não tendo, por isso, qualquer significado o modo como o diário chegou ao conhecimento das autoridades”. Lícita ou ilicitamente obtido, o diário íntimo não pode, contra a vontade do seu ator, ser valorado em processo penal.

Segundo: - fichas clínicas -: “Embora ilicitamente obtidas, entende o Tribunal Constitucional Federal, que elas não contendem com esfera inviolável da intimidade, mais apenas com a esfera privada”.

O interesse da perseguição criminal em matéria de consumo de estupefacientes não é, de todo o modo, bastante para se sobrepor ao atentado à vida privada e ao prejuízo decorrente para o programa terapêutico. A conclusão seria já outra se na balança

da ponderação aparecesse o interesse pela perseguição dos crimes mais graves, hipótese em que, sustenta o Tribunal Constitucional, seria já admissível a valoração. Isto, convirá recordá-lo, em relação a um meio de prova cuja valoração estaria no processo americano precluída a partir da ilicitude processual da sua obtenção.

Terceiro: - confissão do acusado -:

Também a tutela diferenciada reservada pelo direito americano e alemão à liberdade de declaração espelha a divergência de fundo entre uma compreensão formal-processual e uma impositação prevalentemente material-substantiva. Com reflexos nítidos a nível, v.g., do regime da confissão do argüido.

Para emprestar relevo prático-jurídico ao *privilege against self-incrimination*¹⁸, o direito americano impõe à polícia - nomeadamente em se tratando do primeiro interrogatório de argüido detido ou de algum modo atingido na sua liberdade - deveres particularmente escritos e formais de esclarecimento e informação. São os conhecidos Miranda-Warnings, estabelecidos pelo *Supreme Court*¹⁹ no determinante pronunciamento *Miranda V. State of Arizona - 1966 -*, e que como algumas restrições impostas, v.g., pela *public safety exception*²⁰, continuam a valer tanto no direito federal como no estadual.

Resumidamente, não poderá ser utilizada como prova nenhuma declaração do argüido no interrogatório policial - nem nenhuma prova que aquela declaração torne possível - a não ser que o argüido tenha, antes de tudo e em primeiro lugar, sido informado: a) que tem o direito de não responder; b) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele; c) que tem direito à assistência de defensor escolhido; d) oficiosamente nomeado.

Conforme o que ficou acima exposto, chega-se à conclusão que apesar do esforço doutrinário e jurisprudencial desenvolvido ao longo de séculos, nos EUA e Alemanha,

¹⁷ Superior Tribunal de Justiça

¹⁸ Direito à não auto incriminação

¹⁹ Corte Suprema

²⁰ Exceção da segurança pública

comunicando-se em maior ou menor extensão ao restante do mundo, ainda assim, resta inconcluso o sistema de proibição de provas, sempre recorrente a idéia de proporcionalidade, e com muito maior razão no Brasil, cujo sistema jurídico foi afetado pelo positivismo, em boa medida, responsável pela quase inexistência de interatividade, Constituição/Sociedade.

A mera violação desta formalidade de apresentação e leitura ritualizadas do *Miranda rights card*²¹ será bastante para inquinar as declarações do argüido, nomeadamente a sua confissão e as provas que elas possibilitem, e ditar a sua confissão cuja autenticidade, liberdade e seriedade seja possível sustentar a partir de outros, complementares e processualmente lícitos, meios de prova. É o que a própria decisão *Miranda v. Arizona* claramente documenta. Com ela viria o *Supreme Court* a rejeitar a confissão de um dos argüidos - *Miranda* - suspeito do crime de violação, precisamente em nome da insuficiência do esclarecimento.

E isto, não obstante a acusação dispor de um documento assinado pelo argüido em que este declinava que, ao proferir a confissão, tinha conhecimento dos seus direitos. Simplesmente, entenderam os juizes que fizeram a maioria – escassa: 5 contra 4 – que a confissão do argüido só poderia ser utilizada se a acusação fizesse prova de que o argüido renunciara aos seus direitos de forma consciente e na base de esclarecimento total da sua situação - *knowing and intelligent waiver*²² (ANDRADE, 1992, p. 148-50).

Comparados os dois sistemas, quer no plano do desenvolvimento teórico, quer a partir das conseqüências prático-jurídicas extraídas da aplicação de um e outro se verifica, como dados positivos, a maior engenhosidade, plasticidade do sistema alemão - *Beweisverbote* - e a praticidade do sistema americano - *exclusionary rules* - apresentando-se como o lado negativo, no primeiro sistema, a inconclusão e no segundo a rigidez, que pode

²¹ Agir com sinceridade

²² Conhecimento e inteligência para renunciar um direito

levar a soluções absurdas do ponto de vista da efetividade do processo penal, como instrumento de realização do direito penal e finalmente da ordem social.

De notar-se que a inconclusão do *Beweisverbote*, traz ínsito e como contraponto a um possível defeito, a possibilidade de se ponderar em face de cada caso concreto, abrindo a possibilidade do direito prestar-se ao seu fim último, de harmonização social, deixando ao juízo, a via aberta para que a justiça flua livremente através da prestação jurisdicional compatível com os interesses sociais, vale dizer de todos, relativizando como não poderia deixar de ser, os preceitos garantistas que, genericamente postos à observância e respeito, devem ceder quando confrontado com interesses superiores, cujo alcance não seriam proporcionalmente admissíveis à sua frustração.

Por outro lado, as *exclusionary rules*, construídas sobre a base da rigidez formal, não permite qualquer chance ao bom senso, à ponderação, à análise da proporcionalidade dos interesses contrastantes, abrindo ainda possibilidade para montagens de fraudes, acobertadas pela forma, para a obtenção de meios ilícitos de provas, como no caso de confissão obtida através de expedientes enganosos, que levem, por exemplo, o suspeito a acreditar que contra ele já existem provas cabais do crime. É muito prático, sem dúvida alguma, produzir a forma e extrair dela conseqüências fático-jurídicas, representa contudo, tal expediente, a mais veemente negativa da utilização do direito como fim em si mesmo. Mais uma vez, e a propósito, a lição de Manuel Costa Andrade (1992, p.151-2):

São outras as soluções para que, em princípio, apontará o direito germânico. Orientado para a proclamação da liberdade de declaração do argüido concebida em termos materiais, este ordenamento jurídico propenderá igualmente para a sua tutela em termos tendencialmente globais. Ou, pelo menos, nas suas dimensões mais expostas, mais dignas e carecidas de tutela. Significativamente, é como enunciado de direito substantivo que o § 136 a, a mais relevante das normas da StPO em matéria de proibições de prova, começa, por prescrever a tutela daquela liberdade.

Segundo este preceito:

A liberdade de formação e declaração da vontade do argüido não pode ser prejudicada através de maus tratos, fadiga, ofensas corporais, administração de

quaisquer meios, tortura, meios enganosos (Täuschung) ou hipnose (ANDRADE, 1992, p. 152).

A esta luz, compreende-se, por exemplo, que no direito alemão seja relativamente pacífico o entendimento de que a mera violação dos deveres de esclarecimentos legalmente impostos, não inquina, só por si e irreparavelmente, os pertinentes meios de prova. Tal não se dará concretamente nos casos em que aquela violação formal da disciplina processual não traga consigo a correspondente expressão de danosidade material. Como se compreende a extensão da proibição de valoração as provas obtidas mediante erro fraudulentamente induzido, pelo menos em se tratando de erro dolosamente provocado pelos agentes das instâncias formais de controle, conforme o § 136^a, do StPO²³.

Formulada com a finalidade precípua de enquadrar a atividade policial conforme já se mencionou anteriormente, *exclusionary rules*, do ponto de vista sistemático, não oferece solução para as situações em que as atividades ilícitas, na obtenção de meios de prova são desenvolvidas por particulares desvinculados totalmente dos órgãos estatais.

No sistema alemão *Beweisverbote*, tal não ocorre, posto que se tem em vista, como fator principal, a proteção material do direito em questão e não a obediência à forma como fim em si mesma, de proteção a este mesmo direito, não importando destarte, a qualidade do violador, mas a própria violação, dando idéia clara, da situação contrastante do direito à prova e dos direitos individuais mais ou menos qualificados, conforme proposto na construção doutrinária, inserida no *Beweisverbote*, denominada teoria dos três graus ou dos círculos concêntricos. De clareza reconfortante o texto de Manuel Costa Andrade: “a preordenação das proibições de prova à salvaguarda da integridade de determinados bens jurídicos, faz avultar o sacrifício destes bens, à custa do relativo apagamento do agente” (1992, p. 153).

²³ Código de Processo Penal

O discurso normativo das proibições de prova propende a sobrepor-se ao das normas penais substantivas, que associam uma reação a um agente, por via de regra, referenciam a termos abstratos e impessoais - quem -. Em sede de valoração o decisivo deverá ser, por isso e, sobretudo, saber se a valoração pode ou não aprofundar ou renovar o atentado ao bem jurídico. Uma questão cuja resposta tenderá a ser afirmativa em áreas como a dos crimes contra a reserva da vida privada. Isto a partir do dogma enunciado, v.g., pelo BGH no caso do gravador.

Lesa a área do direito de personalidade do autor da palavra e o seu direito à palavra aquele que, mantendo com ele uma conversa, a grava às ocultas. Mas não a lesa menos quem, sem consentimento do autor da palavra, a reproduz através do gravador. Nesta perspectiva, as coisas em nada se alterarão pelo fato de a audição não consentida ocorrer em processo penal.

Compreende-se, assim, a convergência da doutrina e da jurisprudência germânica em torno da tese da possibilidade da subsunção dos meios de prova produzidos por particulares a figura e ao regime geral das proibições de prova. Significativo, de resto, que os grandes arestos do BGH que persistem como *leading casem*²⁴ em matéria de proibições de prova – o caso do gravador e o primeiro caso do diário - tenham recaído precisamente sobre provas produzidas por particulares. O mesmo podendo afirmar-se da decisão - 31.1.1973 - que permitiu ao Tribunal Constitucional a elaboração da teoria dos três graus. Como, no contexto do primeiro caso do diário argumenta o BGH, em termos que podem tomar-se como expressão codificada do entendimento deste tribunal superior:

Quando estão em causa escritos relativos à vida íntima, só a proibição de valoração garante a proteção eficaz da personalidade. E isto quer os escritos tenham chegado ao conhecimento das autoridades de perseguição penal mediante ato de ente público, quer através da intervenção de um particular. O que neste tipo de situação importa fundamentalmente prevenir é a intromissão na esfera da vida privada. Sendo para tanto juridicamente sem significado o modo como os escritos chegaram, contra a vontade do autor, ao conhecimento das autoridades competentes.

²⁴ Estudo de casos

E não será outro, em relação à área problemática de que relevam as constelações típicas assinaladas - a saber: os meios de prova que contendem com a reserva da vida privada e do segredo -, o entendimento da doutrina. Também deste lado se subscreve generalizadamente a tese de que os meios de prova adquiridos por particulares “não representam qualquer caso especial, antes devendo ter rigorosamente o mesmo tratamento dos meios de prova resultante de ato da autoridade pública” (ANDRADE, 1992, p. 154-5).

Nota-se claramente, que no direito alemão, as normas de proteção têm caráter instrumental, daí porque o simples descumprimento, por si só, não acarreta a inadmissibilidade da prova. Para que isso ocorra, é preciso que o descumprimento da regra de proteção acarrete, efetivamente, dano ao direito que visa proteger.

Baseado na estrutura normativa de proteção aos direitos individuais já anteriormente mencionados e visando evitar que se recorra a meios de prova que atentem contra tais direitos, quer diretamente, quer indiretamente, através do descumprimento de regras do Devido Processo Legal, o sistema de proibição de provas germânico, *Beweisverbote*, particulariza-se nas situações fáticas em que ocorrem violações a tais normas de proteção, possibilitando uma compreensão mais objetiva do sistema; o que por outro lado nos permite constatar a inconclusão das idéias que dão sustentação à sistematização proposta; salvo em parte, por aquilo que poderia denominar-se, na feliz idéia do professor Scarance, de válvulas de escape do sistema, programadas para funcionarem nos momentos críticos de estrangulamento da linha de raciocínio lógico-jurídico.

Idealizadas a partir da relativização das garantias dos direitos em questão, quando contrapostos a interesses maiores, representados pela necessidade de efetividade do processo penal, marcadamente no caso da criminalidade mais grave, tais válvulas de escape, têm na sua base o princípio da proporcionalidade, às vezes cingido a uma realidade

normativa, às vezes não, recebendo na doutrina alemã, denominação de teoria dos três graus e da compressão.

A primeira - teoria dos três graus - explica-se pela idéia da existência de uma gama de direitos individuais, hierarquicamente dispostos e reunidos em círculos concêntricos em três níveis, permitindo-se a relativização da garantia de tais direitos, em face da atividade probatória, a partir do segundo círculo e tendo em vista os fins almejados, ou seja, a gravidade da infração penal que se busca provar, permanecendo o primeiro círculo imune à ação probatória, posto que composto de direitos individuais inquestionavelmente colocados em nível acima dos demais, não permitindo portanto, qualquer argumentação em termos de proporcionalidade, como a vida, a integridade física e mental e a liberdade do ser humano. A segunda - teoria da compressão - traz idéia que em determinados casos, definidos e excepcionados pela legislação ordinária, estas teriam a mesma função de um peso, comprimindo a superfície, representada aqui, pelo sistema de proteção aos interesses individuais, que voltaria ao normal, uma vez solucionado o impasse, daí a denominação de princípio ou teoria da compressão.

A tortura, os meios enganosos, detector de mentiras, intervenção dos homens de confiança - *gewähis – ou vertrauens – männer*²⁵ - gravações e fotografias, escutas telefônicas e buscas e apreensões não autorizadas, constituem o rol mais comum de situações fático-jurídicas em que ocorrem violações de direitos individuais, em decorrência da atividade probatória, quer aquele desenvolvido para a obtenção de meio de prova, quer para a valoração.

Inegavelmente, a prática de atos de tortura, violência física ou moral, são inconcebíveis sob qualquer aspecto. O recurso a tais métodos, na obtenção nos meios de prova é inaceitável nos países minimamente civilizados e constitui fase vencida para a maioria dos povos do planeta, ao menos em termos de proibição formalmente posta. No direito

alemão, como não poderia deixar de ser, o recurso a tais meios é abominado, a propósito, a manifestação de Hassemer (apud ANDRADE, 1992):

Ao lançar mão de tortura, o Estado lança mão de um meio que degrada moralmente o argüido, o objectiviza e funcionaliza. O torturado é degradado à categoria de mera fonte de informações, deixando de ser encarado e tratado como portador de direitos. O Estado comporta-se como um qualquer outro que se utiliza do poder fático para a imposição dos seus interesses (p. 156)

1.6.3.1.1 Meios enganosos

Os meios enganosos traduzem-se por aquelas situações em que o suspeito é arditosamente levado a confessar, porém só importam na medida em que se transformam em mecanismos de pressão sobre o suspeito, coagindo-o a confessar, impondo-se sua proibição como meio de prova, de forma restritiva, apenas e tão somente quando se caracterizarem como meio eficaz de extorsão de confissão. Enquadrando-se aqui, a ameaça com medida legalmente inadmissível e, creio eu, as atitudes incompatíveis com o princípio da presunção de inocência e à luz da liberdade de expressão do suspeito, direito do indivíduo inserido no princípio mais amplo de disponibilidade sobre si mesmo.

1.6.3.1.2 Detector de mentiras

Normalmente aceito no direito americano, desde que com a concordância do suspeito, a utilização do detector de mentiras é contestado no direito alemão, ainda que sua utilização beneficie o suspeito. Costa Andrade relata decisão do Tribunal Federal Constitucional nos seguintes termos:

²⁵ Homens confiáveis

Na base da decisão, um caso impressionante: o argüido havia sido condenado a prisão perpétua como autor de um crime de homicídio qualificado e de tentativa de violação. Para infirmar a sentença condenatória, exclusivamente assente em prova indiciária, reclama o argüido, ele próprio, a sua submissão ao teste do detector de mentiras (1992, p. 158).

Atendo à orientação tradicional e dominante, decidiu o tribunal de Karlsruhe:

A utilização de um detector de mentiras (polígrafo) com a finalidade de , a partir das reações do acusado, retirar conclusões sobre a credibilidade subjetiva das suas declarações, atinge de forma inadmissível o direito de personalidade do argüido protegido pelo artigo 2º, I, em conjugação com o artigo 1º, I, da lei Fundamental. Isto vale mesmo nos casos em que o argüido consente na utilização de tais métodos de prova (apud ANDRADE, 1992, p. 162).

Na fundamentação pode ler-se:

Uma tal radioscopia, da pessoa, que desvirtua o sentido das suas declarações, como expressão da sua autonomia originária, e converte o argüido em mero apêndice de um aparelho, fere de forma intolerável o direito de personalidade tutelado pelos artigos 2º, I, e 1º, i, da Lei Fundamental, que deve constituir uma barreira intransponível à descoberta da verdade em processo penal (apud ANDRADE, 1992, P. 162).

Acresce, sustenta ainda o Tribunal Constitucional, que dificilmente o teste do polígrafo poderá processar-se em condições de liberdade.

1.6.3.1.3 Homens de confiança

As situações caracterizadas pela intervenção dos homens de confiança - *gewähis ou vertrauens – männer* - são aquelas em que ocorre uma participação de alguém, com o objetivo de cooptar a confiança do agente criminoso e assim obter informações sobre seus crimes, chegando ao ponto, em alguns casos, de induzÍ-lo ou instigá-lo à pratica do crime.

Pode o homem de confiança, tratar-se de agente da polícia ou particular, envolvido ou não com a criminalidade, encartando-se neste contexto aqueles informantes que no Brasil denominam-se alcagüetes; bem como os agentes infiltrados, caso em que mais se dificulta a solução da questão da justificação de tais condutas e a aceitação da ilicitude da prova, trazendo instabilidade na doutrina e jurisprudência alemã.

Veja ainda uma vez a lição de Manuel Costa Andrade:

Esta súbita e freqüente presença do homem de confiança na práxis jurídico-processual veio despertar uma série de problemas e de aporias do foro ético e jurídico-normativo, cuja equacionação e superação ensaiam ainda os primeiros passos. Quer em sede quer no plano jurisprudencial. Em termos tais que não é ainda possível referenciar correntes predominantes de solução (1992, p. 220).

O panorama é claramente dominado por expressões de perplexidade e espanto, do qual não ficou imune a jurisprudência de um tribunal como o BGH germânico. É o que vem marcadamente revelado; por um lado, pela celeridade e amplitude das freqüentes mudanças de rumo assumidas pelo BGH e, por outro lado, a profundidade invulgar das divergências e dissonâncias que, a este propósito, têm afastado entre si as diversas secções, Senate daquele Tribunal federal.

As dificuldades começam logo a ganhar relevo quando se questiona a legitimidade ético-jurídica do procedimento, máxime nas formas mais expostas de *Lockspitzel*²⁶. Isto é, em que o homem de confiança se converte em *agent provocateur*²⁷, precipitando de algum modo o crime: instigando-o, induzindo-o, notadamente, aparecendo como comprador ou fornecedor de bens ou serviços ilícitos.

É, na verdade, cada vez mais forte o coro de vozes que, tanto no direito alemão como americano, contesta abertamente aceitação ético-jurídica desta prática. Aponta-se para tanto a imoralidade do Estado que com uma mão favorece o crime que quer punir com a outra, acabando, não raro, por atrair pessoas que de outro modo ficariam imunes à

²⁶ Agente provocador

²⁷ Agente provocador

delinqüência e potencializando os fatores da extorsão, da violência, e do crime em geral. Bem se compreendendo, por isso, a perplexidade de que se fazem eco os títulos sugestivos de textos votados ao tema como os de - *Lüderssen: verbrechensprophylaxe durch verbrechensprovokation?*²⁸ - 1974 – Profilaxia criminal através da provocação do crime? - e *Die V-leute Problematik...oder: zynismus, Borniertheit oder Sachzwang?*²⁹ - A problemática dos homens de confiança ou: cinismo, vistas curtas ou força dos fatos?

As hesitações voltam a ganhar expressão quando, numa postura de vigilância pela integridade dos princípios do Estado de Direito, os autores se interrogam sobre os coeficientes de Estado de polícia induzido pelo recurso aos *V-männer*³⁰ drasticamente redutor das cotas de confiança conforme nos coloca Manuel Costa Andrade (1992, p. 221-2).

O equacionamento da questão da utilização de homem de confiança no âmbito da proibição de provas, passa pela descaracterização como situação fática individualizada para inserí-la no contexto daquelas hipóteses denominadas meios enganosos, excluindo-se as questões em que o homem de confiança participa do crime, instigando ou provocando o agente criminoso, deixando-se tal situação para análise no campo do direito material. Postas nestes termos, prevalece a posição que sustenta a ilicitude das provas obtidas em tais condições.

1.6.3.1.4 Gravações e escutas telefônicas; conhecimentos fortuitos

Gravações não consentidas da palavra e da imagem caracterizam para importantes autores alemães como Hassemer, Amelung, Grünwald e Wolter, citados por Andrade (1992) grave violação do direito de personalidade ou da privacidade, que estariam inseridos no conjunto de elementos que compõe a dignidade humana, expressamente

²⁸ Profilaxia criminal através da provocação do crime?

²⁹ A problemática dos homens de confiança ou cinismo, vistas curtas ou força dos fatos?

amparada pelo artigo 1º da Lei fundamental que seria imune a qualquer processo de relativização, impedindo-se a aplicação do princípio da proporcionalidade, posto que estaria tais direitos insertos na área do núcleo inviolável de direitos, na base da teoria dos três graus.

A posição majoritária da jurisprudência e a maioria da doutrina alemã, adotam a proporcionalidade como mecanismo de amenização de uma posição mais inflexível, admitindo as gravações não autorizadas da voz e da imagem como meio de prova, desde que o crime que se busca provar, se insira no contexto de uma criminalidade mais grave, admitindo, portanto uma relativização do direito afeto à personalidade utilizando-se aqui, os mesmos argumentos expedidos a respeito da utilização de diário íntimo como meio de prova; excluindo-se a ilicitude penal da conduta, pelo que, o agente que realizou a gravação não incidiria em prática de crime.

Interessante notar, que mesmo aqueles autores que pregam a inflexibilidade da norma constitucional alemã e que incluem o direito à palavra como inserto no contexto dos direitos relativos à personalidade, admitem o afastamento da proteção legal, todas as vezes que a utilização da palavra afastar-se do objetivo do exercício de direitos fundamentais; assim é que o uso da palavra para cometimento de crime, como no caso de extorsão, faz o autor decair do direito, posto que é, repetindo a expressão cunhada pelos tribunais alemães; o que se tutela com os direitos fundamentais é o desenvolvimento da personalidade e não a sua degradação.

Ao contrário do que sucede com relação à gravação de voz, a gravação não consentida da imagem, não está tipificada no direito substantivo alemão, o que de certa forma repercute no campo processual, restringindo a importância do fato na área do processo penal, uma vez que acresce observar, para fins de proibição como meio de prova, se a imagem gravada traz prejuízo para a intimidade do titular do direito e caso confirme-se a invasão da intimidade o tratamento jurídico-processual reivindicado pela doutrina minoritária; mas com

³⁰ Abreviatura de homens confiáveis

respaldo do Tribunal Constitucional Federal, segue a linha de pensamento que considera o direito à palavra, nas mesmas condições, como direito da personalidade e este por sua vez, inserto no contexto dos direitos relacionados com a dignidade humana, pertencentes ao núcleo rígido no contexto da teoria dos três graus e, portanto insuscetível de relativização pelo mecanismo da proporcionalidade, o que ao contrário é aceitável, quando ausente a invasão da privacidade, confira-se, a respeito, a lição de Manuel Costa Andrade, decisões dos tribunais e autores por ele citados:

Este desguarnecimento do direito à imagem por parte do direito penal substantivo condiciona decisivamente a respectiva tutela em sede processual penal. Segundo, v.g., o entendimento da jurisprudência (máximo a jurisprudência ordinária) e da doutrina dominante alemã, só poderão dar origem a uma proibição de valoração as fotografias ou filmes que contendam com a intimidade e cuja produção ou divulgação resultem em devassa inadmissível daquela área circunscrita da privacidade (1992, p. 263).

Como, nesta linha e na comunicação apresentada ao 46º Congresso dos juristas alemães, sustentava Peters (apud ANDRADE, 1992, p. 264):

Nem toda a ofensa aos direitos de personalidade contendem com a dignidade humana. Uma fotografia feita sem consentimento ou qualquer outra legitimação lesa seguramente o direito de personalidade, mas ela só constituirá um atentado à dignidade humana quando tiver por objeto eventos cujo segredo corresponda ao interesse da pessoa fotografada e, para além disso e à luz da concepção geral dos valores ético-pessoais, releve da esfera da intimidade no seu conteúdo humano-típico [...]. Tal vale seguramente para a expressão íntima da vida sexual [...]. As fotografias ou gravações ocultas que em tais casos se façam resultam na objetivização duradoura de uma irrepetível situação interpessoal de caráter eminentemente pessoal, que contraria a dignidade humana.

Na mesma linha pôde o *oberlandesgericht Schleswig*³¹ - por decisão de 3.10.1979 - sustentar a admissibilidade material e processual de um filme feito em relação à atividade profissional do empregado de um cassino. Tratava-se, concretamente, de um filme feito às ocultas, por ordem da administração do cassino como forma de comprovar a suspeita

³¹ Tribunal de Justiça

de que, ao contar o dinheiro do cassino, aquele empregado desviava ilegitimamente algumas moedas para o seu bolso.

Para sustentar a admissibilidade da valoração probatória invoca o tribunal, para além da ausência de ilicitude penal, a circunstância de o filme se reportar ao local de trabalho e não contender, por isso, com a intimidade ou a esfera da privacidade. Isso na base de uma compreensão que adscrevendo à imagem uma tutela mais rarefeita do que a reconhecida à palavra, acaba mesmo por denegar à imagem, enquanto tal, qualquer relevância como fundamento autônomo de proibição de prova. Nos termos do próprio aresto:

Os limites da tutela da expressão da vida privada. Se um par amoroso se encontra sentado no banco de um jardim público, as suas conversas não podem seguramente ser ouvidas ou gravadas; mas ele poderá, sob determinadas circunstâncias, ser fotografado ou filmado. É que, argumenta-se, constitucionalmente protegida é apenas a esfera privada e íntima; o interesse de não ser fotografado ou filmado às ocultas não constitui só por si uma área privada da vida que haja, enquanto tal, de ser protegida. (apud ANDRADE, 1992, p. 265).

Não é fundamentalmente outro o entendimento em nome do qual o Tribunal Federal vem reconhecendo à polícia a legitimidade para filmar os participantes numa manifestação com vista à identificação dos suspeitos da prática de crimes. Pondo entre parênteses a questão do relevo autônomo do direito à imagem, também o BGH se limita a privilegiar considerações do gênero: “o argüido não foi filmado no contexto da sua área privada, mas apenas como participante numa reunião pública” (p. 266).

Apesar de tudo, o modelo que fica referenciado não domina, de forma absoluta e pacífica, a experiência jurídica alemã. Ele conta com a concorrência de um paradigma, assente na representação do direito à imagem como um bem jurídico autônomo, correspondente a um direito fundamental. Um bem jurídico de inequívoca dignidade constitucional, reclamando, por isso, uma relevância direta no círculo hermenêutica das proibições de prova.

Embora minoritária na doutrina, esta construção conta com o sancionamento da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. De acordo com este tribunal, também:

O direito à própria imagem terá de ser encarado como uma parcela (ausschnitt), uma particular expressão cunhada do direito geral de personalidade. Um direito em tudo e para todos os efeitos parificado ao direito à palavra falada, tanto no que concerne à estrutura axiológico-normativa como no que respeita aos seus topos na constelação constitucional e, mais particularmente, no discurso das proibições de prova, nomeadamente no contexto da teoria dos três graus (ANDRADE, 1992, p. 265).

Em sede de escuta telefônica, a proibição de prova no direito germânico conta com regulamentação, §§ 100 a e 100 b da StPO, que traz um caráter de generalidade, ao referir-se à intromissão nas telecomunicações - *berwachungdes Fernmelderverkhrs*³² - reportando-se indistintamente à transmissão de voz e de dados, o que não impediu, fosse o telegrama compreendido como correspondência e como tal tratado. A realidade fática contudo, gira em torno da transmissão de voz, o que levou a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre o assunto, para este contexto.

A exuberância das diversidades fático-jurídicas ensejadas pela escuta telefônica, já pela eliminação das barreiras naturais de proteção da vida privada, já por introduzir no processo a incerteza quanto às garantias, como por exemplo, a livre comunicação entre o acusado e seu defensor, colocou o assunto em discussão, sob variados aspectos, destacando-se em face da sua amplitude e decisiva influência na solução de questões prático-jurídicas, o problema da limitação da proibição à produção da prova através da escuta telefônica, reduzindo-se o questionamento sobre a proibição ou não, à autorização ou não da escuta, de maneira que tudo que foi produzido através de escuta autorizada, pode por consequência ser valorado livremente, sem qualquer restrição.

Tal posição é assumida por W.Schünemann (apud ANDRADE, 1992, p. 279), nos seguintes termos:

³² Guarda dos meios de comunicações de transporte

Podem valorar-se todos os conhecimentos adquiridos a partir de uma escuta telefônica legalmente admissível. Isto porquanto só há limites legais à valoração de provas quando estas assentam num modo não permitido de produção.

Com razão insurge-se contra esse posicionamento a maioria dos doutrinadores alemães, que não aceita a imposição das restrições a atividade probatória, apenas com relação à produção, posto que insuficientes para garantir minimamente, os direitos fundamentais; principalmente, tendo em vista a forma pela qual a autorização de escuta telefônica foi regulamentada no direito germânico, ou seja, excessivamente aberta à possibilidade de escuta, levando a interpretação literal do texto da lei alemã a um alcance ilimitado de pessoas ou ligações passíveis de monitoramento.

Com efeito, a autorização para escuta telefônica vem condicionada pela legislação alemã a quatro pressupostos, quais sejam; a) o crime investigado deve ser necessariamente um daqueles catalogados no §100 a da StPO, consumado ou tentado e b) suspeita qualificada por fatos determinados, da prática do crime; c) imprescindibilidade da escuta para o sucesso da investigação - subsidiariedade - e d) condição de argüido - *Bescüldige*³³ - do indivíduo cujas conversas vão ser monitoradas ou condição de intermediário ou destinatário das conversações do argüido. Com inteira razão, observam os doutrinadores alemães que se os três primeiros dos pressupostos citados restringem a possibilidade da escuta, o último propicia uma verdadeira devassa na intimidade de um considerável universo de pessoas, muitas delas, sequer de longe, relacionadas com os meios criminosos e muito menos com o crime que se tem em mira, surgindo problemas a exigir solução no momento seguinte à produção, ou seja, da valoração e que tem a ver com o aproveitamento das informações interceptadas, de interesse policial e ou processual.

Na base dos problemas a serem enfrentados, está a questão de valorar-se ou não os conhecimentos adquiridos com a escuta, mas que nada tem a ver com o crime

³³ Acusação ou imputação

investigado, denominados pela doutrina de conhecimentos fortuitos, em contraponto aos conhecimentos de investigação - *untersuchungserkenntnisse*³⁴ -.

Apesar dos conhecimentos fortuitos não caracterizarem questão exclusiva das escutas telefônicas, é aqui que se apresenta com maior complexidade, quer devido a amplitude atingida pela escuta, quer pela ausência de regulamentação legal mais explícita, como ocorre, por exemplo, com relação a busca e apreensões, posto que o §108 da StPO alemã expõe com relativa clareza, princípio pelo qual as apreensões deverão ocorrer com relação a qualquer objeto relacionado com um crime e não apenas com o crime que se investiga.

Claro está que a facilidade encontrada pelo legislador para regulamentar a questão no caso das buscas, não se repete com as escutas telefônicas, uma vez que não se pode comparar a abrangência de uma e outra medida, bastando para dimensionar a gritante diferença de complexidade dos assuntos em pauta, citar a impossibilidade material, no caso das escutas, de separar-se, quando da produção os conhecimentos fortuitos dos *untersuchungserkenntnisse* - conhecimentos de investigação -.

A valoração e ou aproveitamento indiscriminado de todo e qualquer conhecimento fortuito, pode levar à desconsideração das limitações legalmente impostas à escuta telefônica. Com efeito, autorizada a escuta, vale lembrar, uma vez obedecidas as regras de proporcionalidade ou limitação, surgem problemas relacionados com a valoração das informações obtidas sobre pessoas e fatos diversos daquele objeto da investigação e que podem ou não caracterizarem crimes constantes da relação taxativa do §100a da StPO.

Tais informações podem referir-se a infrações de somenos importância e mais, poderiam eventualmente ser investigadas por outros meios também eficazes, rompendo-se, ocorrendo tais circunstâncias, a proporcionalidade normativa inserida no sistema através do § 100a da StPO, já referenciado; sem contar as situações representadas pelo

³⁴ Conhecimentos de investigação

desvendamento de sigilo profissional e violação do direito que dispensa determinadas pessoas de depor, justamente e tendo em vista a sua proximidade com o argüido, o que aumenta em muito, tornando quase certa a possibilidade de coleta de informações atinentes ao fato investigado e outros de interesse criminal relacionados com o argüido, afora outras situações não lembradas, passíveis de ocorrer, no imenso universo atingido pela escuta telefônica, que vai muito além de uma simples interferência nas telecomunicações; promove, isto sim, uma verdadeira devassa na vida privada de inúmeras pessoas, tratando-se na realidade de medida incontrolável sob o ponto de vista da ofensa aos direitos fundamentais, da personalidade, tão caro ao sistema jurídico alemão.

Por outro lado, impor-se aos agentes do Estado a obrigação de permanecerem inertes, ante informações concretas de ocorrência de crimes, considerados graves ou não, leva a uma situação insustentável de desmoralização do sistema jurídico penal e conseqüentemente ao reconhecimento explícito de sua ineficácia para a consecução de seus fins que é a harmonização social.

As posições doutrinárias e jurisprudenciais na Alemanha refletem a complexidade do problema; contrapõe-se de um lado autores como Meyer e de outro Knauth, os primeiros admitindo a ampla utilização dos conhecimentos fortuitos e os segundos refutando qualquer utilização de tais conhecimentos; assumindo uma posição intermediária, Kaiser e Reis, todos citados por Costa Andrade (1992), que traz ainda, decisão dos Tribunais alemães e comentários atinentes à questão: Referenciados os pressupostos materiais e formais da admissibilidade legal das escutas telefônicas, caberá equacionar e ensaiar um início de resposta à problemática dos conhecimentos fortuitos. Isto dada, nomeadamente, a freqüência da sua ocorrência associada à impossibilidade fática de limite a escuta aos conhecimentos ou fatos que, à partida, determinam a sua validade.

No essencial, o que está em causa é o seguinte: Suposta a realização legal de uma escuta telefônica, qual o direito, quanto aos conhecimentos ou fatos fortuitamente recolhidos, isto é, que não se reportam ao crime cuja investigação legitimou a sua realização? Como facilmente se intuirá, as dificuldades subirão de tom à medida que os fatos ou conhecimentos fortuitos se reportarem às infrações não imputáveis ao argüido ou suspeito e, sobretudo, às infrações que caem já fora dos crimes do catálogo.

A representação sintetizada de algumas hipóteses pedidas à reflexão doutrinal ou à experiência jurisprudencial ajudará a uma melhor identificação das questões.

1.º exemplo – Na base da suspeita de que “A” terá cometido vários crimes de Roubo - crime do catálogo: punível com prisão de um a oito anos pelo artigo 306º do C.P. - é ordenada a escuta do seu telefone. A audição de uma conversação entre um suspeito “A” e a testemunha “B” permite apurar que “A” terá cometido o crime de Falsificação de documentos - crime não pertinente ao catálogo, porquanto punido com prisão até dois anos pelo artigo 228º do C.P. -. Não se confirmando as suspeitas do crime de Roubo, poderá a escuta ser valorada para obter a condenação de “A” pelo crime de Falsificação de documentos?

Pela primeira vez chamado a pronunciar-se diretamente sobre o problema na marcante decisão de 15.03.1976 - BGH, 26, 298 -, o Tribunal Federal pode então lançar os fundamentos do que é hoje o modelo relativamente consensual de enquadramento doutrinário e normativo. E que ulteriores a resto no mesmo Tribunal superior têm tornado mais explícito e desenvolvido na direção das exigências e singularidades das correspondentes expressões fáticas e concretas.

Na decisão de 1976, o BGH afasta-se decididamente do entendimento pouco antes sufragado pelo *OLG Hamburg*³⁵ - 1973 -, do que terá sido um dos primeiros pronunciamentos dos tribunais alemães sobre os conhecimentos fortuitos. Reportando-se a um caso no essencial reconduzível à hipótese que acima figuramos no 1º exemplo, e em nome da

analogia dos conhecimentos fortuitos em matéria de Buscas - § 108 da StPO -, o Oberlandsgericht de Hamburgo pronunciou-se pela admissibilidade da valorização de todos os conhecimentos fortuitos obtidos a partir de uma escuta telefônica validamente realizada. Em sentido divergente, considera o BGH: “a valoração só é admissível se e na medida em que os fatos conhecidos no âmbito de uma escuta telefônica conforme ao § 100 a da StPO, estão em conexão com a suspeita de um crime do catálogo no sentido desse preceito”.

Estava lançado o princípio da proibição de valoração dos conhecimentos fortuitos que não estejam em conexão com os crimes do catálogo. Que viria a converter-se num dos tópicos mais pacíficos entre os tribunais e os autores e, nessa medida, numa como que exigência mínima do regime processual penal dos conhecimentos fortuitos, trata-se, de resto, de uma exigência que o tribunal federal procura ancorar diretamente no princípio de proporcionalidade codificado no regime positivo do § 100^a da StPO.

De acordo com a decisão em exame, o princípio de proporcionalidade decorrente da idéia de Estado de Direito só permite a compressão das posições correspondentes aos direitos fundamentais na medida do que é absolutamente necessário para a proteção de bens jurídicos reconhecidos pela Constituição. E proíbe, por isso, a valoração do material que vem à rede numa escuta telefônica legalmente realizada, mas que não é significativa - ou deixa de o ser - para o fim de proteção da ordenação democrática e livre a que o regime das escutas telefônicas presta homenagem.

Em ulteriores tomadas de posição pôde o BGH precisar não ser necessário que os conhecimentos fortuitos não estejam em conexão com o crime do catálogo que motivou a escuta. Podem reportar-se a esse ou outro crime do catálogo, da responsabilidade do argüido ou de um terceiro ou não suspeito; um alargamento da valoração dos conhecimentos fortuitos que será ampliado no domínio específico das associações criminosas e do terrorismo.

³⁵ Abreviatura de Oberlandsgericht - Tribunal de Justiça de Hamburgo

Por um lado, o BGH estende a admissibilidade da valoração aos conhecimentos fortuitos relativos aos crimes que constituem a finalidade ou atividade da associação criminosa. Por outro lado e complementarmente, entende que o fato do julgamento se apurar como infundada a acusação pelo crime de associação criminosa não impede a valoração dos conhecimentos relativos aos crimes da associação. Um regime que valerá mesmo para a hipótese tão extremada de não vir sequer a ter lugar à acusação pelo crime de associação. Unívoca a este propósito a decisão de 30.8.1978 - BGH, 28, 122:

Os conhecimentos de fatos obtidos através de uma escuta telefônica regularmente feita, nos termos dos §§ 100a e 100b da StPO, com base na suspeita de um crime do §129 do STGB (associações criminosas), podem também ser utilizados para a prova dos crimes que no momento da autorização da escuta ou no decurso da sua realização podem ser imputados à associação como finalidade ou atividade. Isto vale mesmo para a hipótese de, no momento oportuno, as autoridades competentes para a acusação deixarem cair a acusação pelo crime do catálogo (p. 310).

As coisas são relativamente mais inseguras e controversas do lado da doutrina, onde se considera que a discussão científica sobre a problemática dos conhecimentos fortuitos ensaia ainda os primeiros passos.

De qualquer forma, não será arriscado apontar como praticamente isolados os autores que se pronunciam a favor da valoração, sem restrições, dos conhecimentos fortuitos. Como o fez, por exemplo, W. Schünemann (apud ANDRADE, 1992) em nome do postulado da continuidade entre a ilicitude da produção de uma prova e a legitimidade da sua valoração. Também não parece encontrar eco significativo a tese oposta e igualmente extremada de Prittwitz (apud ANDRADE, 1992); a proibição, em nome da exigência constitucional da reserva de lei, de valoração de todo e qualquer conhecimento fortuito.

Na doutrina aceita-se generalizadamente a tese da jurisprudência, segundo a qual a valoração dos conhecimentos fortuitos só é possível no interior da classe dos crimes do catálogo. Simplesmente, enquanto a maioria dos autores acompanham o BGH no entendimento de que a conexão com o crime do catálogo é condição necessária e suficiente

para a valoração dos conhecimentos fortuitos, não faltam vozes a reclamar a concorrência de pressupostos ou requisitos adicionais.

1.6.3.1.5 Efeito à distância; prova ilícita derivada ou decorrente

A questão da *fernwirkung* traduzido para o português por Costa Andrade (1992), para Efeito à distância, correspondente germânico da *fruit of the poisonous tree* doutrine do direito americano, é assim colocada pelo referido autor:

Como deixamos antecipado, o problema suscita-se nos casos em que a obtenção de uma determinada prova torna possível a descoberta de novos meios de prova contra o argüido ou contra terceiro. Então cabe questionar se a proibição de valoração que eventualmente inquine a prova primária ou direta se comunica, e em que medida, às provas secundárias ou indiretas, impondo a sua exclusão em cadeia. Como facilmente se representará, o problema ganha particular relevo prático-jurídico nas hipóteses freqüentes em que a realização ilegal de buscas domiciliárias, apreensões, exames, escutas telefônicas, gravações, detenções, ou o recurso a métodos proibidos de prova (v.g., a tortura), levam o argüido a comprometedoras declarações auto-incriminatórias (p. 168).

Sobre esse assunto - prova ilícita por derivação, o mesmo autor, relaciona questionamento posto e afinal decidido pelo Tribunal Federal Germânico em 24 de agosto de 1983:

Através de escutas telefônicas realizadas sobre A, suspeito da prática de crime não pertinente ao catálogo, a polícia criminal sabe da combinação de um encontro de A com os co-arguidos B e C. Na hora e no local acertados, A, B e C vêm a ser detidos o que permite à polícia criminal obter ainda informações sobre um quarto co-arguido D. Sendo as escutas ilegais e não podendo as correspondentes informações ser valoradas, será a proibição de valoração extensiva aos demais e derivados meios de prova? (ANDRADE, 1992, p. 169-170).

Ao difícil problema da proibição de provas, crescem questões relacionadas com a valoração ou aproveitamento de meios de prova obtidos; não diretamente com a violação da proibição de produção, situação compreendida no termo que genericamente dá

enfoque à matéria; provas ilícitas; mas indiretamente obtidos, porém de qualquer modo ligados à ação probatória condenada pela ilegalidade. De sorte que o meio de prova indireto, não é em si proibido, porém chegou-se a ele por uma ação probatória proibida.

Repete-se aqui, com relação à solução prático-jurídica, o mesmo dilema apresentado na questão dos conhecimentos fortuitos, porém mais agravados, posto que neste caso, dos conhecimentos fortuitos, os meios de provas são produzidos em decorrência de uma ação probatória permitida, se bem que de forma secundária; já nas provas ilícitas derivadas, ocorre exatamente o contrário, ou seja, através de uma ação probatória proibida, chega-se indiretamente, a um meio de prova, em si, livre de qualquer proibição. Na solução prático-jurídica porém, as situações se assemelham. Em ambos os casos, tem-se informações sobre a prática de crime, no mais das vezes dados de comprovação inequívoca do fato criminoso e da autoria, retornando à baila, o questionamento sobre a utilização ou não de tais dados.

Argumentos inquestionáveis militam em um e outro sentido, trazendo-nos a sensação de impotência em face de um tal problema. Entre as várias manifestações a favor da incidência do efeito à distância, com a conseqüente exclusão do meio de prova indiretamente obtido pela ação probatória proibida, está a seguinte: “neste caso, a recusa ao efeito à distância equivaleria a neutralizar a expressividade cultural e jurídica da proscrição dos métodos proibidos de prova” (HASSEMER apud ANDRADE, 1992, p. 178) ou esta outra: “[...] a valoração de meios de provas tornados possíveis a partir de declarações obtidas à custa de coação ou meios enganosos, equivaleria a compelir o argüido a colaborar na sua própria condenação” (BEULKE apud ANDRADE, 1992, p. 179).

Postos nestes termos, são incontestáveis tais argumentos; leva-nos inapelavelmente a raciocinar no sentido que ao aceitarmos a prova derivada, seria o mesmo que aceitarmos a prova diretamente obtida, por exemplo, através da tortura. Para complicar a questão, a defesa do afastamento do efeito à distância e conseqüente aceitação da prova ilícita

indireta, também apresenta ponderações inescusáveis a sustentar tal posição. No direito alemão, a sustentação da tese da não aceitação do efeito à distância, tem por base o §136 a da StPO que descreve objetivamente os métodos proibidos de prova, mas não estende a proibição aos meios indiretamente obtidos, fortalecida tal base com argumentos relacionados com a efetividade do sistema jurídico-penal, que seria contundentemente abalado pela aplicação do princípio do *Fernwirkung*.

A propósito, Schafer (apud ANDRADE, 1992, p. 180):

Só como afronta inescapável às exigências da justiça se poderia ligar uma capitulação da ordenação jurídico-penal a uma violação da lei por parte dos órgãos da administração da justiça penal relativamente ligeira em comparação com a gravidade do crime e, por essa via, se deixando impunes as mais intoleráveis infrações só porque não se logra isolar um meio inequívoco de prova duma declaração ilegítimamente obtida e, por isso, não valorável como prova.

E ainda Gössel (apud ANDRADE, 1992, p. 181):

O § 136a) da StPO quer seguramente impedir que seja utilizado para efeitos de comunicação o material diretamente resultante do atentado à livre conformação da vontade do argüido (v.g. uma confissão obtida mediante tortura); mas já não impedir a consideração dos demais resultados daquela investigação que, apesar de obtidos a partir dos dados indevidamente alcançados, podem ser legitimamente introduzidos no processo.

Como resultado do debate entre as duas posições extremadas, ambas, como já foi dito, amparadas por argumentos respeitáveis, buscou-se adoção de mecanismos que pudessem em termos práticos, apresentar uma saída para tão difícil problema. Objetivando preservar o sistema das proibições de prova, Rogall e Guinwald propõem a adoção de critérios denominados de ponderação de interesses - princípio da proporcionalidade - e do fim de proteção da norma, respectivamente.

Pelo critério da ponderação de interesses em cada caso concreto seriam analisados os interesses em jogo; aquele sacrificado pela produção do meio de prova,

acrescido de eventual sacrifício relacionado com a valoração do meio de prova obtido indiretamente; e de outro lado, a gravidade do fato a ser punido, por exemplo, relacionado com a criminalidade violenta e organizada, resultando da comparação entre as duas espécies de interesses, a aceitação ou não do efeito à distância, conforme se conclua pela ponderação, ser proporcionalmente aceitável o sacrifício de uma ou outra espécie de interesse.

O critério do fim de proteção da norma propõe em um primeiro momento, a separação das situações em dois grupos; aquelas em que os meios de prova indireto ou a informação que leva a ele decorreu exclusivamente do acaso e que em razão da sua evidência, as autoridades de persecução penal chegariam a tais meios ou informações, independentemente da prática da ação probatória proibida e, por outro, lado aquelas em que as circunstâncias fáticas que envolveriam a descoberta do meio de prova ou da informação, evidenciam que, não fosse a ação probatória proibida, os órgãos de investigação jamais chegariam ao meio de prova ou da informação em questão. No primeiro caso, em que a vinculação de um fato a outro - ação proibida e meio de prova dela derivado - não se estabeleceu de uma forma única, exclusiva, rejeita-se em princípio o efeito à distância; no segundo caso, aceita-se a incidência do efeito à distância, acarretando por consequência, a inadmissibilidade do meio de prova, indiretamente decorrente da ação probatória proibida; utilizando-se aqui o raciocínio que está na base da teoria da imputação objetiva, extraindo-se a idéia que a ação de produção do meio de prova, embora proibida não foi decisivamente importante para o resultado.

Feita esta primeira análise e resultando dela em princípio a aceitação da prova, cumpre ainda e finalmente verificar se a proteção da norma proibitiva da ação probatória originária, diz respeito à questão de qualidade probatória, como no caso da testemunha de ouvir dizer - *hearsay evidence*³⁶ - ou à garantia de proteção a direitos

³⁶ Testemunha de ouvir dizer

individuais, como por exemplo, as disposições do § 136 a da StPO. Na primeira hipótese, rechaça-se o efeito à distância, que é aceito na segunda.

Apesar da importância que se atribui às teorias acima referenciadas, no contexto do sistema alemão de proibição de provas, coube a Wolter (apud ANDRADE, 1992) a construção de um sistema mais completo, mais apto à solução dos problemas relacionados com o efeito à distância. Na base do sistema, a causalidade e a imputação, emprestados do direito objetivo, funcionando num primeiro momento.

Assim é que a valoração da prova secundária dependerá da inexistência de uma efetiva relação de causalidade com a violação originária; em seguida, questiona-se sobre a probabilidade das autoridades chegarem à prova secundária independentemente da violação originária; neste caso, não seria de admitir-se também o efeito à distância, posto que, pelo desenvolvimento de uma ação probatória lícita, também seria muito provável chegar-se à prova indireta, de maneira que o acusado, não teve agravada sua posição no processo, em decorrência da atividade probatória ilícita, originária - comportamento lícito alternativo / elevação do risco.

Complementando o sistema, o autor recorre ainda, para propor a exclusão do *Fernwirkung*, as considerações sobre a interrupção do nexo de causalidade por ação livre do argüido, como no caso em que ele confirma a prova questionada, quando já em condições de agir livremente e à ponderação de interesses - proporcionalidade - fechando o sistema com a proposta de aplicação do efeito à distância, nas hipóteses em que a prova secundária não for necessária ao processo, pela existência de outras provas, capazes de propiciar uma segura prestação jurisdicional e ainda, quando a violação da proibição de produção da prova primária, trata-se de violação grosseira da lei e do direito, como por exemplo, no caso de tortura; exemplificando o autor com os casos de escutas telefônicas ilegais e as proibições

constantes do § 136 a da StPO. A respeito, veja-se a esclarecedora lição de Manuel Costa Andrade (1992), inclusive autores por ele citados e decisões dos Tribunais:

Partindo da inexistência de um princípio ou regra geral de solução do problema, procura Wolter pôr de pé uma doutrina de enquadramento e solução, assente num conjunto articulado de considerações e de tópicos reconduzíveis a dois momentos ou estágios fundamentais. O primeiro configura a reprodução, a nível processual, da doutrina penal-substantiva da causalidade e da imputação. Decisiva, a começar, uma consideração de causalidade: a valoração da prova secundária será admissível sempre que entre ela e a violação originária não subsista um nexo efetivo de causalidade. O mesmo será o regime nos casos em que, a margem da violação da lei, as autoridades competentes teriam seguramente – ou, pelo menos, com alta probabilidade – chegado à prova secundária. Uma solução que Wolter leva à conta dos princípios do comportamento lícito alternativo e da elevação do risco, pedidos à dogmática penal substantiva. É que, argumenta o autor, à vista da dignidade constitucional do valor duma justiça penal eficaz bem como do princípio da legalidade, não pode pretender-se que a violação de uma qualquer norma processual, mesmo de relevo constitucional, haja de desencadear, sem mais, a total proibição de valoração. “Noutros termos, o argüido deve apenas ser protegido contra agravamentos sensíveis (messbarer) da sua posição no processo penal. Pode, assim, fazer-se valer contra ele que a sua responsabilidade sempre se poderia ter provado, e se teria provado, por caminhos legalmente admissíveis. Isto é, que a observância dos dispositivos penais não o teria imunizado contra a condenação”. O *Fernwirkung* será ainda e em “homenagem às idéias de proibição de regresso e de fim de proteção da norma” de excluir nos casos em que o “nexo de causalidade é interrompido por força de ação livre e auto-responsável do argüido”. Pois, com a sua conduta, o argüido “desonera ao mesmo tempo as autoridades de perseguição penal do risco da violação do processo”. Para o ilustrar figura Wolter a hipótese: a partir de escutas telefônicas ilegais o argüido é detido e levado a produzir declarações auto-incriminatórias. Posteriormente, já depois de restituído liberdade, e apesar de devidamente esclarecido sobre a absoluta irrelevância das provas até então reunidas, o argüido mantém-se fiel ao teor das suas primeiras declarações. Uma constelação típica no essencial sobreponível ao modelo do *Wong Sun v. United States* (1963) face ao qual também o Supreme Court dos Estados Unidos denegou a aplicação da *fruit of the poisonous tree doctrine*. E também em nome de considerações reconduzíveis ao mesmo pensamento da imputação (p. 182).

Simplesmente, a pertinência de um caso concreto ao contingente que sobrevive às exigências normativas da causalidade e da imputação não significa necessariamente que haja de dar origem ao *Fernwirkung*. Tal só poderá decidir-se, em definitivo, num segundo momento em que o autor apela para a ponderação de interesses em concreto conflitantes. Nesta linha, sustenta Wolter, conforme citação feita por Andrade (1992), a admissibilidade da valoração da prova secundária, mesmo que normativamente

imputável à violação originária da proibição de prova, no contexto da luta contra a criminalidade grave.

Isto ressalvadas duas importantes exceções de princípio. Em primeiro lugar, já haverá efeito-à-distância nos casos em que a valoração da prova secundária não se revele necessária - *erforderlich*³⁷ -, dada a subsistência de alternativa menos onerosa - princípio da ultima ratio -. O mesmo valerá, em segundo lugar, para as hipóteses em que a proibição de valoração - da prova primária - for devida à violação grosseira da lei e do direito - princípio da proporcionalidade -. O que acontecerá seguramente, explicita o autor, nas proibições de prova correspondentes ao § 136a da StPO ou mesmo das resultantes de escutas telefônicas ilegais.

Examinadas as várias teorias sobre o assunto, no contexto do direito alemão, que acredito, à luz das informações colhidas, principalmente na obra de Manuel Costa Andrade (1992) sobre as produções de provas no processo penal - tratar-se do sistema mais racional, hoje vigente, cumpre-nos concluir que estamos ainda longe de um sistema de proibição de provas, capaz de garantir eficazmente os direitos e garantias individuais, ao mesmo tempo em que garanta efetividade ao processo penal.

Para dar realidade à tal assertiva, reproduzo aqui, um exemplo citado por Costa Andrade, com os questionamentos a ele atinentes: mediante tortura, agentes do Estado arrancam confissão de suspeito de crime de homicídio, bem como informações sobre o local onde está enterrado o corpo e a arma do crime, que são localizados. Que fazer com tais dados? Deve ignorar-se a ocorrência de crime tão grave? Que solução dar ao caso? Os meios propostos pela doutrina e jurisprudência alemã são suficientes para solucioná-los? Creio que não.

³⁷ Ser necessário

Continuaremos cunhando as formas, cuidando para que seu revestimento, cada vez mais se apresente, com exatos pontos de flexibilidade, na medida necessária para fluir o processo, em busca da prestação jurisdicional, ao mesmo tempo em que, não sufoque os direitos individuais.

1.7 Hermenêutica jurídica e estado democrático; aspectos

A hermenêutica ou interpretação jurídica desconectada das normas constitucionais, é algo, ainda hoje, naturalmente aceito no nosso meio jurídico, fato decorrente, muito provavelmente, da natureza e/ou característica de uma sociedade, até pouco tempo atrás, organizada por alguns, para atender os interesses de poucos.

Tradicionalmente, concebe-se a interpretação jurídica como uma atividade voltada para a determinação da verdade, - de caráter científico - ou como uma técnica decisória, que procura harmonizar interesses contrapostos.

Na concepção Kelseniana considerada em linhas gerais, como é impreciso o limite onde termina a interpretação e começa a aplicação do Direito, quando na verdade são operações distintas (GUERRA FILHO, 2005, p.5).

A aplicação da norma pressupõe sempre uma interpretação, não sendo admissível, a concepção de uma norma em condições de clareza tal, que possibilite sua aplicação sem necessidade de interpretá-la; a interpretação contudo, nem sempre tem por objetivo a aplicação da norma, por constituir-se - a aplicação - em atribuição própria de determinadas autoridades.

O objetivo da atividade interpretativa é evidenciar, depois de compreender a maneira pela qual está regulamentada determinada situação fática e a partir de tais subsídios posicionar-se sobre eventual conduta a ser adotada em face do que dispõe a norma jurídica.

Para Guerra Filho (2005), a finalidade prática que caracteriza a interpretação no Direito, vem subsidiada por uma estrutura teórica, que permite conceber a hermenêutica jurídica em diversos níveis, pois pode-se divisar uma espécie de interpretação doutrinal, realizada de uma perspectiva extra-sistemática, no âmbito da política do Direito ou da filosofia jurídica, onde se estuda o momento valorativo e ideológico da interpretação, para justificar racionalmente e de maneira objetivamente avaliável o objetivo do ato interpretativo. Por outro lado, existe o que se denomina interpretação operativa, mais ligada à práxis judiciária, a qual pode ocasionar uma verdadeira teoria, científica e descritiva, da interpretação, ao se ocupar da construção de modelos hermenêuticos específicos para o tratamento do Direito em sua concretude.

Na classificação em tela, levando-se em conta os diversos níveis da hermenêutica jurídica, destacando-se como espécies a interpretação doutrinal e a operativa, revela-se como característica marcante da primeira - doutrinal - o fato que estrutura-se de forma zetética, conferindo-lhe um caráter investigativo, possibilitando amplo questionamento; enquanto a segunda - operativa - necessariamente, recorre a uma estrutura dogmática, em razão do objetivo proposto pela atividade interpretativa; uma tomada de decisão visando eliminar conflitos. Os limites para a interrogação e a dúvida - informadora de todo o processo cognitivo - está demarcado pelo caráter dogmático da interpretação operativa, que não admite assim a dúvida, que faria persistir a incerteza com relação ao Direito posto em determinada situação, contrariando o fim mesmo do Direito de harmonizar a vida em sociedade:

Para atender ao objetivo da exegese de um dispositivo legal, a via adequada é a da interpretação operativa, conforme a uma teoria descritiva, ensejada por um modelo explicativo de natureza empírico-semiótica. E de fato, a importância da teoria dos signos no procedimento interpretativo evidencia-se quando se considera que as duas

principais formas semióticas da linguagem, a comunicação e a significação, se acham presentes ali, pois interpretar e atribuir um certo sentido ou significado a um signo, o qual provém de um emissor (no caso a lei, o legislador) e dirige-se aos receptores (os indivíduos subordinados ao ordenamento jurídico) veiculando uma informação, isto é, fazendo uma comunicação GUERRA FILHO, 2005, p. 9).

Ainda no contexto da concepção tradicional de hermenêutica jurídica, observando a unidade da interpretação, constata-se a existência de duas espécies clássicas de processos interpretativos, quais sejam gramatical e lógico, que subdivide-se em lógica propriamente dita e social. Constituem-se em aspectos da interpretação; cada um deles necessários, porém insuficientes por si só, para alcançar o objetivo da ação interpretativa, de compreender e evidenciar, dar sentido à norma jurídica; funcionando o gramatical como base do lógico e este como complemento indispensável àquele; por isso que a letra confere segurança ao processo interpretativo e por conseqüência à lei - segurança jurídica -, enquanto a lógica faz a interpretação avançar em direção ao objetivo proposto, com a segurança garantida pelo processo gramatical.

A firmeza da base, em qualquer processo, afigura-se como imprescindível ao seu bom desenvolvimento; assim também na interpretação jurídica. O processo gramatical, base da hermenêutica jurídica, exige a observância de certas regras que lhe conferem autenticidade, assim propostas por Guerra Filho (2005):

1º.) examinar se não ha divergências entre o significado comum das palavras e seu sentido técnico, quando este, evidentemente, prevaleceria sobre o primeiro; 2º.) levar em consideração a colocação da norma no corpo da lei; 3º.) enquadrar as palavras da norma não só no contexto em que se acha, mas também relacioná-la com outras disposições sobre a matéria; 4º.) em havendo palavras que apresentam vários sentidos literais, interpretar verificando inicialmente, qual deles pode-se harmonizar com aqueles advindos da interpretação lógica, sistemática, teleológica e histórico-evolutiva; 5º.) caso tal não ocorra, isto é, havendo antinomia entre o sentido gramatical e os demais, lógicos lato sensu, o intérprete deve abrir mão do primeiro em face dos demais, dissolvendo as divergências, tendo em vista as exigências do bem comum. Assim, pode-se enunciar duas regras elementares da interpretação léxica: 1º.) deve-se atender ao sentido usual da palavra e 2º.) deve-se sempre confrontar este sentido com aquele resultante da conexão entre as outras palavras do texto caso estes princípios não se coordenem. Ha de se dar primazia ao segundo, deixando o campo aberto para a interpretação lógica (p. 10-1).

A interpretação lógica, compreende a análise de vários dados, selecionados, direta ou indiretamente, pela interpretação gramatical, avançando para além da literalidade estrita, buscando dar sentido à norma jurídica. Perscruta-se a vontade do legislador, que seria também a vontade da lei - lógica-interna - a história de formação do instituto e sua finalidade, o que se propunha e se propõe a solucionar. A lógica externa formal propõe-se a buscar o sentido da norma, com base em elementos fornecidos pela própria norma, sem recorrer a dados exteriores à norma.

Trata-se então de uma interpretação “pura”, no sentido em que Kelsen adota, quando se propõe a realizar uma doutrina pura do direito (*reine Rechtslehre*). Pretende do simples estudo das normas em si mesma consideradas, ou em conjunto, por meio do raciocínio dedutivo, obter uma interpretação (GUERRA FILHO, 2005, p. 11).

A idéia assim concebida - por Kelsen - só faz sentido em um sistema jurídico ideal, desconectado da realidade social; a utilidade social, nem sempre encaixa-se perfeitamente na rigidez de um silogismo, necessitando recorrer a outros processos, mais próximos da realidade.

O processo lógico-sistemático relaciona em um mesmo contexto, o dispositivo sujeito à exegese, com outros de leis diversas ou não, que digam respeito ao mesmo objeto, formando um mesmo instituto jurídico que por sua vez deve ser relacionado com outros, com os princípios gerais e com o conjunto do ordenamento jurídico vigente.

Sem desconsiderar a grande contribuição do estudo do direito comparado à interpretação jurídica e também do método histórico-evolutivo, é importante evidenciar as particularidades do meio social, onde brotam as normas, valorizando sobre maneira, o método teleológico, conforme afirma Guerra Filho (2005).

O referencial teórico mencionado, traduz-se na prática, em ações interpretativas consistentes, subsidiadas por conhecimentos técnicos-científicos; contudo são insuficientes, pela maneira como são operados os institutos próprios da hermenêutica, a

propiciar a prevalência dos valores democráticos, que informam os princípios constitucionais, pelo que, propõe-se neste trabalho, seguindo as pegadas do pensamento do autor citado, buscar elementos que justifiquem, ainda que seja por alguns aspectos, - tendo em vista as limitações do autor -, uma hermenêutica constitucional própria, que reafirme os valores do Estado Democrático de Direito.

1.7.1 A Supremacia das Normas Constitucionais

Concebido o sistema jurídico, como o conjunto de normas funcionalmente organizadas para buscar a harmonização da vida em sociedade, em torno de valores socialmente aceitos, segue-se a necessidade de analisar a maneira pela qual tais valores estão dispostos no ordenamento jurídico constitucional, consubstanciados pelos princípios, ficando em segundo plano, as normas jurídicas caracterizadas como regras - classificação proposta por Josef Esser, Ronald Dworkin e Guerra Filho (2005) -, que cuidam da concretização desses valores.

Aproveitando a idéia de uma estrutura piramidal, proposta por Kelsen, com as normas posicionadas em superposição, em razão do menor e maior grau de generalidade e abstração, Guerra Filho (2005), depois de ter separado as normas jurídicas em regras e princípios e proceder à classificação destes em princípios fundamentais estruturantes, fundamentais gerais e fundamentais especiais, nega a utilidade prática de uma norma hipotética fundamental, validando todo o sistema jurídico em escala hierárquica.

Propõe objetivamente, como base de sustentação do ordenamento jurídico os dispositivos constitucionais consagradores dos valores fundamentais, dispondo-os hierarquicamente conforme seu maior grau de generalidade e abstração, implicando maior abrangência dos valores neles consagrados; assim é que elege como primeiro, figurando no topo da pirâmide, o princípio do Estado Democrático e do Estado de Direito, formando as

duas expressões, aquela que designa modernamente, uma sociedade organizada; Estado Democrático de Direito.

A magnitude e abrangência dos valores que encerra este princípio, justifica sua posição de primazia e sua classificação como princípio constitucional fundamental estruturante, na medida em que dita a estrutura pela qual se organiza a vida em sociedade, regulamentada pela lei, legitimada pelos valores socialmente aceitos e consubstanciados nos princípios, decorrentes do Estado Democrático de Direito, os quais posicionam-se abaixo do princípio fundamental estruturante.

Como decorrência lógica de uma sociedade estruturada conforme o princípio em questão, surge o princípio fundamental geral, cujos valores que encerra, decorrem naturalmente do Estado Democrático de Direito e vem estabelecido no art. 1º do Constituição Federal, que determina como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana - artigo 1º, inciso III, Constituição Federal -, princípio que consagra valores, que vão permear vários outros princípios, por isso denominado fundamental geral, que subordina os princípios fundamentais especiais, estes já mais próximos da concretização dos valores sociais, mantendo contudo o grau de generalização e abstração, condizente com sua característica de princípio, que necessita ainda, das normas jurídicas definidas como regra, para a viabilização em termos concretos dos valores que encerra.

Os princípios fundamentais especiais estão, portanto, inseridos de certa forma no âmbito do princípio fundamental geral, que por sua vez insere-se na contextura do princípio fundamental estruturante.

Os princípios fundamentais especiais, em seqüência lógica do que se disse até aqui, vêm representados pelos vários dispositivos que cuidam dos direitos fundamentais, entre eles destacados especialmente os direitos humanos e, decorrente do princípio fundamental, o princípio da proporcionalidade.

Vislumbra-se nos dispositivos constitucionais que elencam - porém não esgotam - os Direitos Fundamentais - título II da Constituição Federal -, algo de mais concreto em relação aos objetivos propostos, conforme já antes referenciado, sobre maior concreticidade dos princípios fundamentais especiais, em relação ao geral.

Cumprido, contudo, observar que o fato da subordinação das várias categorias de princípios, uns aos outros, não se resume à noção de hierarquia pura e simplesmente; expressam na verdade uma finalidade maior, de sistematização dos valores socialmente aceitos, visando à efetividade e com tal finalidade relativizando os valores insertos nos princípios especiais, através da proporcionalidade.

1.7.2 A Hermenêutica Constitucional Baseada nos Princípios Estruturantes do Estado Democrático de Direito

No Estado Democrático de Direito, a tripartição dos poderes, ou repartição dos poderes, deve ser analisada após a verificação dos interesses sociais que giza os contornos de uma sociedade organizada; contornos estes traduzidos por um conjunto de informações condensadas pelos princípios estruturais, que a rigor deveriam nortear o conjunto de disposições constitucionais ou regras constitucionais, limitando-se estas a especificar mais ou menos tais princípios, que constituem a base do Estado Democrático de Direito e, portanto, estão acima das demais regras que os especificam, já que limita o alcance destas.

Aliás, tais regras só têm sentido e razão de ser, na medida que servem de instrumento para a efetividade dos princípios basilares da sociedade e portanto, guardam com relação a estes, uma posição hierárquica de subordinação; entre normas constitucionais e os princípios, aquelas devem ceder à prevalência destes, resultando naturalmente uma hierarquia entre as próprias regras constitucionais; impondo-se sobre as demais, aquelas que estratificam a vontade coletiva, detectada através da observação do modo de ser coletivo, das características marcantes de uma dada sociedade.

Os princípios estruturantes, na linguagem de Paulo Fernando Silveira (2001) - recepciona de forma genérica a vontade social, cristalizando-a através de tratamento jurídico científico. Compreende-se portanto que a função do legislador; seja ele qual for, inclusive o constituinte; na condição de mandatário da sociedade, consiste em moldar e especificar as normas de convivência social de modo a conformar a vontade social, aproximando-se tais normas de um maior ou menor grau de legitimidade, na medida que se aproxima ou afasta-se daquilo que está presente, medianamente na mente coletiva (NOGUEIRA DA SILVA, 2001).

O legislador não tem portanto, poder absoluto que permita enquadrar a sociedade, posto que estaria extrapolando de suas funções; que, conforme vimos acima, limita-se à condição de mandatário, que obviamente não tem poderes para enquadrar o mandante, impondo-lhe condições de comportamentos contrários à sua vontade, expressa pela média daquilo que é unanimemente aceito, ou quase, pela sociedade. Assim, é possível entender a existência de um núcleo de normas não passíveis de alterações e que são responsáveis pela efetividade dos princípios estruturantes e dos direitos e garantias individuais, não estando nem uma e nem outra limitadas ou condicionadas à previsão constitucional.

No nosso caso específico, da Constituição de 1.988, não estão limitadas às previsões constantes do artigo 5º e incisos e 60 § 4º, constituindo-se em exemplo de princípios estruturantes: o regime democrático, o Estado de Direito, o federalismo, a república, a separação dos poderes, os direitos individuais, a livre iniciativa e concorrência e o voto igualitário (SILVEIRA, 2001).

O Regime democrático pressupõe muito mais que a prevalência da vontade da maioria e vai além da possibilidade de escolha dos representantes da sociedade, do povo enfim. Integra-se de todo e qualquer valor, instrumental e material, compreendido na fórmula; governo do povo, pelo povo e para o povo; proposta de uma sociedade tão perfeita

quanto utópica, para os padrões evolutivos da humanidade, porém útil, na medida em que, compreendendo-se o regime democrático, como um processo de aperfeiçoamento das condições de vida em sociedade e não como simplesmente um determinado ato a ser realizado de um só alento; presta-se a sinalizar claramente os objetivos a serem atingidos, o ponto culminante ou ideal, para o qual devemos dirigir firmemente nossas vontades enquanto com os pés firmes no chão, encaramos a realidade, um tanto quanto distante do ideal, para nossa sociedade brasileira.

A norma positivada, por natureza caracterizada pela generalidade, deve trazer em seu conteúdo a razoabilidade, a justiça sobre aquilo que dispõe, sob pena de não encontrar amparo nos princípios estruturantes, que condensam a generalidade da vontade popular e não necessariamente a vontade da maioria. A vontade generalizada do povo é que deve prevalecer e para tanto, é indispensável que a ação interpretativa vá além do exame formal da norma e examine também se ela é razoavelmente justa, tomando por parâmetro a vontade do povo, expressa nos princípios estruturantes e sub-princípios que buscam dar-lhe efetividade; realizando o aperfeiçoamento da vida em sociedade, ou seja, a efetividade do princípio democrático.

Portanto, atente-se por ora, ao fato que o princípio democrático está baseado na soberania popular, projetada para efetivar-se na medida e no correspondente grau de participação popular nos destinos da nação, através da interação normativa, caracterizando-se como inconstitucional, qualquer disposição, constitucional ou não que confronte o princípio democrático.

Dos princípios estruturantes às normas infraconstitucionais, descendo até o mais simples ato normativo, deve-se ter a informá-los, o princípio democrático, ancorado na vontade soberana da população. Cumpre ao legislador deixar claro na norma a delimitação de

seu conteúdo, a viabilidade prática da proposta nela contida e os reais meios de sua efetividade, dados a serem pesquisados pela ação interpretativa.

Conforme já antes referenciado, no Estado Democrático de Direito, a norma não deve prestar-se pura e simplesmente a fixar um comando, finalidade que satisfaz plenamente em um regime autoritário; ou conter promessas vãs, sem finalidade prática ou factível, o que basta para a satisfação de um regime aparentemente democrático, cujas propostas meramente formais de democracia, prestam-se na verdade, para encobrir a realidade de um regime autoritário. Exige-se muito mais da norma, em termos de conteúdo, além de razoável e justa na proposta que encerra; além de cumprir a finalidade de ordenar a vida em sociedade, precisa ir além, principalmente as normas constitucionais e cumprirem sua função de sedimentar a assimilação de princípios e valores sociais, objetivando consolidar o processo democrático, a soberania popular e principalmente a idéia que permeia todos os princípios consistentes no respeito à dignidade de pessoa humana.

Os parâmetros para aferição da legitimidade das regras postas são fornecidos pelos princípios gerais, que trazem no enunciado o que se contém na mente coletiva, de maneira que, qualquer atividade interpretativa, presta-se à tarefa técnico-científica, de esclarecer e garantir a observância dos postulados sociais, levando-se em conta e na base dos dispositivos constitucionais, e a dar-lhes fundamento, o princípio de dignidade da pessoa humana, inserto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, envolvendo a idéia de valores culturais, éticos, filosóficos e religiosos que devem prevalecer ainda que contra e apesar do interesse coletivo, constituindo-se em um núcleo de direitos afetos à pessoa humana absolutamente invulneráveis.

Neste contexto, o ordenamento jurídico positivado representa o primeiro referencial para a interpretação, que dele deve extrair a noção do justo para o caso concreto, que subsume-se na regra genericamente posta, uma vez que a norma positivada ao ser editada,

deve ter passado por um processo de aferição para determinar o que seria justo em uma dada generalidade de situações, levando inclusive em consideração, a noção daquilo que é intrinsecamente justo e portanto tendo como vetor o direito natural, que condicionaria ainda o direito eficaz, representado por aquilo que é efetivamente observado no exercício da atividade interpretativa, o que obrigaria a um incessante processo de renovação, na medida da alteração da perspectiva de direito natural. Por outras palavras, a proposta concentra-se no fato de atribuir-se à ação interpretativa, como resultado, a possibilidade de afastamento da norma positivada na busca da declaração do direito, com base nos princípios, que guardam os valores sociais.

Modifica-se assim, a proposta da hermenêutica jurídica tradicional, passando pelo positivismo, buscando superá-lo, posto que, busca-se com a ação interpretativa, soluções para além do ordenamento jurídico positivado, reconhecido como o primeiro referencial e base para a interpretação, complementado - a interpretação - se for o caso, com base em outros referenciais identificados a partir do ordenamento; reconhecendo-se, conforme Coutore (apud BELLINETTI. p. 54), que o ordenamento jurídico positivado, representa aquilo que é ideal em determinado momento histórico, de uma dada sociedade; é um projeto pendente de implementação, a começar pelas regras constitucionalmente postas, mormente aquelas que estratificam os princípios gerais; e ainda assim, trata-se de projeto não fechado, indefinido quanto aos dados individualizadores. Por outras palavras, na interpretação da norma em face do caso concreto, necessariamente tem-se presente dados individualizadores daquela situação única, a exigir interpretação consentânea com a realidade específica.

O projeto do conjunto de normas sociais idealmente postos, através da positivação, passa, ainda no plano formal, ideal, por processo de particularização possível; limitado por impositivos de ordem formal, como a perenidade, diretamente ligada à generalidade da norma e que garante um mínimo de segurança jurídica; e de ordem material,

representado pela impossibilidade, de dispor-se antecipadamente, para cada situação ou caso concreto, diferentes em si, conforme já antes referenciado. Assim é que os princípios estruturantes de uma dada sociedade são estratificadas em normas com um grau maior de generalização do que as normas estratificadas na legislação ordinária. Estas prestam-se à especificação daquelas, com o objetivo de torná-las factíveis, confirmando-se por esta linha de raciocínio, a idéia de ordenamento como um projeto pendente de implementação, posto que se apresenta como referencial para a determinação do fato de interesse jurídico.

Neste contexto, a interpretação jurídica deve ser concebida como instrumento de implementação do ordenamento jurídico, no plano material, em face do caso concreto, sem abrir mão dos valores sociais constantes de forma genérica nos princípios e nas normas da legislação ordinária, valores estes, às vezes não percebidos em razão da generalidade a que nos referimos, mas que precisam integrar o resultado da ação interpretativa, particularizada, consubstanciada no ato que declarar qual o Direito.

A interpretação jurídica conforme a ordem de idéias aqui desenvolvidas, não tem pura e simplesmente a finalidade de declarar o Direito; não necessariamente, a ação interpretativa busca algo mais; estabelecer naquela situação específica, qual o Direito que a mente coletiva legitima naquelas circunstâncias; por outras palavras, qual o Direito eficaz, apto a resguardar os valores sociais no caso específico e não necessariamente o Direito vigente, representado pelo ordenamento positivo.

Inquestionavelmente, conforme procurou-se demonstrar, ao longo do trabalho, a constituição, concebida como uma unidade sistematizada em função dos valores socialmente aceitos, contém o ordenamento jurídico como um todo, condicionando-o aos valores sociais que abriga; assim é que inegavelmente integra os princípios estruturantes e por conseqüência aqueles que dele decorrem, um componente político pelo que na interpretação

constitucional, há que se levar em conta a ideologia acolhida constitucionalmente, em razão da qual, resguardam-se determinados valores.

Na realidade, quando nos referimos ao resguardo de determinados valores, a expressão tem um significado pretensamente maior, compreendendo a idéia da necessidade de efetivação desses mesmos valores, que passa, necessariamente, por uma série de ações neste sentido, não sendo suficiente a previsão constitucional dos valores mencionados; surgindo a necessidade, inclusive, de normatização que leve à concretividade dos valores postos pelos princípios estruturantes e que informa os demais princípios deles decorrentes.

A organização de uma dada sociedade em torno de valores geralmente aceitos contém a idéia de integração social, exigindo de seus membros ações neste sentido - de integrar - repudiando-se aquelas tendentes à desagregação social, as quais, uma vez praticadas, exigem outra ação capaz de evitar a desagregação social, promovendo a pacificação, levando à idéia de Direito como instrumento de harmonização social; idéia esta, presente na hermenêutica jurídica constitucional, que condiciona a interpretação do ordenamento jurídico como um todo.

A proposta de uma hermenêutica jurídica constitucional própria e em acordo com a idéia de um Estado Democrático de Direito contém uma preocupação com a eficácia da norma constitucional. Com efeito, tal proposta não faz opção por uma interpretação dita doutrinal; busca na realidade, utilizando-se do instrumental prático da hermenêutica jurídica operativa, fazer valer praticamente, os valores sociais encerrados na norma jurídica constitucional; valores estes, que representam a própria razão de ser da organização social.

A interpretação operativa, conforme a constituição, deve buscar o sentido, para a sociedade organizada, da consagração de determinados valores, partindo da previsão constitucional - norma jurídica positiva - tendo em vista ainda a necessidade de harmonização desses valores, como parte da proposta que concebe o Direito como instrumento de

harmonização social, decorrendo portanto dos princípios estruturantes, o princípio constitucional implícito da proporcionalidade, que representa a pedra de toque da interpretação constitucional.

A proporcionalidade como princípio pressupõe a possibilidade de conflitos de valores constitucionalmente consagrados, em princípios caracterizados por determinado grau de generalidade e abstração tal, que os posicionam abaixo do princípio fundamental estruturante e do princípio fundamental geral, caracterizando-se como princípios fundamentais especiais, constituindo-se o princípio da proporcionalidade, neste contexto, como ordenador destes princípios fundamentais especiais; justamente àqueles consagradores de valores múltiplos, aspectos que são do princípio fundamental geral da dignidade da pessoa humana.

A multiplicidade de valores fundamentais explicitados pelas normas constitucionais, que tratam dos Direitos e Garantias Fundamentais, em especial no capítulo 1º, onde dispõe sobre os direitos e garantias individuais, traz logicamente a possibilidade de conflito, quando da implementação de tais valores na prática, exigindo-se a aplicação do princípio da igualdade em sua essência, consubstanciado pela idéia que a isonomia propõe igualdade de tratamento ao que é igual e desigualdade proporcional, na exata medida em que ocorre a desigualdade.

Evidentemente, a questão só se coloca em termos práticos, em face de determinado caso concreto, pelo que, impõe-se a utilização de critérios prático-jurídicos, que integram o princípio da proporcionalidade, conferindo-lhe operacionalidade prática, que consiste em adotar uma ação interpretativa, que num primeiro momento, busque verificar a correspondência entre o fim a ser atingido pela norma e o meio empregado para tal, implicando na avaliação, de quais valores poderiam ser relativizados em face do valor a ser preservado por determinada ação, optando-se em um segundo momento pelo meio mais

adequado para atingir o fim proposto pela norma e finalmente certificando-se que o meio tido como o mais adequado é também o mais eficaz.

De notar-se, por último, que a proposta ora estudada de interpretação conforme a constituição e, portanto, em acordo com o princípio democrático não repele a hermenêutica tradicional, antes utiliza seu instrumental teórico e prática, na otimização de uma interpretação que obtenha resultados mais próximos da realidade social, ao incorporar ao resultado interpretativo, os valores consagrados pelos princípios constitucionais.

II- Da Prova no Processo Penal Brasileiro

2.1 Delimitação e Alcance do Termo Prova

A multiplicidade de fatos e idéias expressas pela palavra em questão – prova-, leva à necessidade de buscarmos sintonia entre o vocábulo e o contexto da pesquisa que ora se desenvolve. Com efeito, basta abrirmos qualquer dicionário da língua portuguesa, para constatar tal fato; são vários os designativos de prova, que por sua vez tem implicação direta sobre a palavra provar e seus outros designativos.

As reflexões a seguir expostas sobre os designativos de prova, não deixam dúvidas a respeito da generalidade de idéias expressas pelo vocábulo prova, bem como com relação à necessidade de estabelecer-se base firme, a maior precisão possível das idéias por ele designadas, uma vez que penso a prova e por conseqüência a atividade probatória como a razão de ser do Devido Processo Legal.

Para Frederico da Costa Carvalho Neto (2002), prova é o meio de firmar a convicção do juiz, pelo seu convencimento racional:

A prova deve buscar a verdade, mas esta é se não impossível, muito difícil de ser obtida, se é que existe. Assim não obtida a verdade, a chamada verdade real, mas alcançada a verdade formal, a prova cumpre seu objetivo, que é o de convencer o julgador e firmar sua convicção (p. 55).

Prova como veracidade ou autenticidade de alguma coisa, traduz-se em uma linha de pensamento lógico, que pode servir de base para o objetivo proposto - precisar o termo -. Trata-se de fato demonstrativo de outro fato; de um fato que evidência outro. Deu-nos uma prova de seu virtuosismo ao piano - tocou o piano com maestria, provou que é um bom pianista. Ato que atesta ou garante uma intenção, um sentimento - prova de algo subjetivo, realizada através de uma conduta objetiva, perceptível, constatável - a fidelidade -

comportamento em relação a outrem - é uma prova do seu amor - a partir de determinados acontecimentos - conduta, comportamento fiel - induz-se à existência do sentimento amor. Ato de ingerir ou degustar certa porção de comida ou bebida a fim de verificar-lhe a qualidade, o sabor, a temperatura, o teor alcoólico ou o estado - denota a idéia de experimento, experimentação, de submeter-se, passar por uma experiência e atestar seu resultado - no mesmo sentido o fato de provar a roupa, experimentar para certificar-se que a peça assentou-se perfeitamente no corpo. Concurso ou exame, competição - estabelecimento de desafios, cuja superação prova estar o sujeito em condições de; e ou melhor preparado para. No sentido filológico: o que leva à admissão de uma afirmação ou da realidade de um fato, - Conforme demonstração (6), dedução (3 e 4) e raciocínio(4). -.

Recorrendo a dicionário jurídico, o autor - FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda - designa prova como “atividade desenvolvida no processo com o fim de ministrar ao órgão judicial os elementos de convicção necessários ao julgamento”. O objeto da prova são os fatos - confunde a atividade probatória com a prova em si e afinal, não define, quais fatos são objetos da prova. O resultado dessa atividade, julgar segundo a prova dos autos - o julgamento segundo a prova dos autos, não é resultado da atividade probatória, mas condição imposta ao julgador. Cada um dos meios empregados para formar a convicção do julgador: prova documental; prova testemunhal - é preferível o termo convencimento, em substituição a convicção.

Vale a pena conferir o que foi dito anteriormente. Todas as reflexões feitas sobre o vocábulo em questão - prova - leva-nos à mesma idéia de um fato que evidencia, demonstra outro fato; aliás, em acordo com a realidade que coloca tudo e a todos em constante interação. Atribuindo-se ao termo fato, um sentido amplo, a idéia de prova como sendo um fato que demonstra, evidencia outro fato; comporta o designativo com base no

sentido filológico do vocábulo: o que leva à admissão de uma afirmação ou da realidade de um fato.

Introduzindo o assunto, em seus estudos sobre prova judiciária, Moacyr Amaral Santos (1950), assim se expressa:

Já pelo significado da palavra – prova – vê-se que ela é usada em mais de um sentido. No sentido comum – ensaio, verificação, inspeção, exame, confirmação, reconhecimento por experiência, experimentação, revisão, comprovação, confronto – o vocábulo é usado para indicar tudo que nos pode convencer de um fato, das qualidades boas ou más de uma coisa, da exatidão de alguma coisa: prova-se a guerra entre a China e o Japão; a resistência do ferro; a potência de uma alavanca; o grau alcoólico do vinho; a exatidão de uma operação aritmética. Nesse sentido, a prova pode ser entendida como “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”. No sentido jurídico, o vocábulo é empregado em várias acepções: Significa a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (actus probandi); significa ação de provar, de fazer a prova. Nessa acepção se diz: a quem alega cabe fazer a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos da sua alegação. Significa o meio de prova considerado em si mesmo. Nessa acepção se diz: prova testemunhal, prova documental, prova indiciária, presunção. Significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa acepção se diz: o autor fez a prova da sua intenção, o réu fez a prova da exceção. Provar, porém, é bem “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade(p. 3).

E citando Malatesta (apud SANTOS, 1950): “a verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade”. Para o autor isso revela o estado de certeza do espírito, que “julga-se perfeitamente possuído e crente da conformidade da noção ideológica com a realidade, isto é, possuído e crente da verdade” (p. 6). Verdade relativa, como deixa claro o autor, advertindo que se trata de uma crença, de um estado de espírito, que pode não corresponder à verdade objetiva.

A saída para solucionar ou minorar o problema da insegurança causada pela certeza como verdade relativa, é buscar naquele que está certo, as razões do seu convencimento, que se explica e fundamenta, pelos fatos que demonstrar, evidenciam outros fatos, de maneira racional. Aplicados à área jurídica, esses conhecimentos fundamentam o princípio do livre conhecimento do Juiz (SANTOS, 1950).

2.2 Prova do Fato Criminoso e sua Autoria

No processo penal, os fatos, objeto de prova, vêm definidos previamente pelo ordenamento jurídico penal – princípio da anterioridade da lei penal e da tipicidade – que através das elementares do fato típico, retrata, individualiza, recorta os fatos que interessam ao Direito Penal – fatos penalmente interessantes – de maneira que, os fatos que não correspondam ao modelo legal e previamente definidos, não interessam ao Direito Penal; constituindo a comprovação do fato integrado de tais requisitos a primeira tarefa ou preocupação do Estado - Administração, responsável pela segurança pública e ou da sociedade. Mas não é só; é preciso ainda identificar quem foi o seu autor e se ele agiu dolosamente ou culposamente, se sua conduta é justificável e se o mesmo é culpável.

Para o início do processo é suficiente indícios de prova da autoria, porém com relação ao fato, à materialidade do crime, seu aspecto material, é preciso a certeza produzida pela prova, para autorizar-se o processo. A prova do fato seria, portanto, produzida antes do processo e neste apresentada ao Juiz, juntamente com a prova indiciária - no mínimo- da autoria; o que implica na apresentação de um indiciado, aquele contra quem reuniu-se indícios que o apontam como autor de fato previsto como crime pela lei penal, recorrendo-se às atividades de polícia judiciária consubstanciadas no inquérito policial, para a eventual prova da materialidade, da autoria e condições de imputabilidade do pretense indiciado.

A comprovação do fato típico e do seu autor põe-se em face da finalidade do inquérito policial, hoje reconhecidamente um instrumento democrático de garantia de direitos individuais fundamentais. Ao determinar a existência ou não de fato tido como criminoso e indicar sua autoria, ou comprovar a inocência de suspeitos, garante o inquérito policial o *estatus dignitatis*³⁸ do indivíduo e vai além de uma peça produzida para a acusação embasar

³⁸ Princípio da dignidade da pessoa humana

a denúncia ou queixa, evitando acusações infundadas; e constituindo-se em instrumento preparatório da instrução criminal, ao constituir-se nele a prova a ser apresentada ao juízo no processo.

Embora manifestando-se sobre o valor do inquérito policial quando da aferição da prova por ocasião da sentença, reconhece Espínola Filho (1980, p. 253): “a absoluta necessidade de se levar em consideração os elementos de prova, que se encontram, exclusivamente no inquérito”:

Exames periciais, avaliações, buscas e apreensões, reconhecimentos, etc., o que não quer dizer não possam muitas dessas diligências – principalmente no regime do novo Código – ser realizadas já no próprio curso do processo criminal, em juízo. Demais, é de considerar a circunstância de reconhecer-se valor probante à confissão do réu, não apenas quando dada em juízo, mas desde que prestada perante autoridade competente, importava na proclamação, em lei, de contribuir o inquérito, também, diretamente para o conjunto da prova, levada em conta na ocasião do julgamento. Firmou-se, pois, a direção da jurisprudência, no sentido de atender ao inquérito, no conjunto dos seus elementos, e mesmo aos depoimentos de testemunhas que nele se tomaram, sob condição de não encontrarem a oposição de prova formada em juízo, inutilizando-os ou os modificando (p. 253-4).

No mesmo sentido, do aproveitamento dos elementos de prova constantes do inquérito, Espínola Filho (1980) cita o acórdão do Supremo Tribunal Federal, no recurso criminal N. 553, aos 7 janeiro 1927, no qual o relator, ministro Muniz Barreto, afirmou:

Os testemunhos – sobretudo em causas criminais como a presente, em que muitos são os denunciados, não revelando todos estes uniformemente o seu concurso na infração... não se circunscrevem, como força geratriz da certeza, aos que foi possível reunir no sumário, dentro do limite numérico. Deve-se ter em conta também os que, sem vícios, como sucede na hipótese, se encontram nos inquéritos, que serviram de base à denúncia, uma vez não infirmados pelos de formação de culpa - Arquivo Judiciário, volume 2º, 1927, págs. 41-42 (p. 254).

Reconhecendo o bom valor probante da prova colhida no inquérito, o ministro Geminiano de França (apud ESPÍNOLA FILHO, 1980) relatando o recurso criminal N. 536, consigna:

Considerando que a prova colhida em inquérito policial tem bom valor probante, quando não infirmada pelo sumário, ou destruída por defeituosa ou falsa por outras provas oferecidas pela defesa. O nosso sistema processual empresta-lhe inquestionável valor jurídico, tanto assim que lhe dá força para a prova da

materialidade do crime e para a concessão da prisão preventiva - Arquivo Judiciário, volume 2º, 1927, pág. 107.(p. 254).

E ainda sobre o mesmo assunto, cita o acórdão proferido na ação criminal N.

1.094, aos 31 dezembro de 1929:

A prova, que autorizou a prisão preventiva dos acusados, não deixou dúvida sobre a responsabilidade deles. Na formação da culpa, uma tal prova não ficou aniquilada, muito embora os acusados se esforçassem por enfraquecer os depoimentos prestados no inquérito - Arquivo Judiciário, volume 17, 1931 pág. 263 (p. 255).

Não há como negar a quase absoluta impossibilidade da realização do exame de corpo de delito no processo, ocorrendo o mesmo com os outros exames periciais, como a busca e apreensão, o reconhecimento, e vários outros meios de provas existentes na atualidade. A utilização desses meios de prova dependem na maioria dos casos de oportunidade única, a exigir ação rápida da Polícia judiciária, em especial na preservação de locais de crimes; outras vezes dependem de sigilo absoluto ou quase, para que sejam eficazes e outras vezes ainda dependem do imponderável, posto que, surge a oportunidade de produzir-se a prova, em meio a uma ação policial de rotina; inesperadamente.

Como se vê, a maioria dos meios de prova possíveis no Direito Processual Penal, não se adequam ao processo penal, mais precisamente ao procedimento do processo penal; é na fase pré-processual que ocorre o momento mais oportuno para a utilização prática dos meios de prova.

Ainda sobre a prova do fato tido como criminoso como condicionante do processo penal, Mirabete (2004), ao longo de sua obra, externa idéias ainda que subliminares, sobre a necessidade da comprovação do fato e de indícios de autoria, para o início da ação penal, corroborando a idéia que a pretensão de punir não tem sustentação, se não vier subsidiada por comprovação do fato e da autoria:

Trata-se o inquérito policial de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos, por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de prisão em flagrante, exames periciais etc... nele também pode encontrar fundamentos para julgar, (p. 82)... o órgão do Ministério Público, verificando a prova da existência do fato que caracteriza crime em tese e indícios de autoria, forma a opinio delicti (p. 126).

Vale acrescentar que o juiz, nas mesmas condições, deve receber a denúncia, exigindo-se no caso de processo contra funcionário público, por crime afiançável, e nos crimes de tráfico de drogas e afins - Lei 11.343/2006 -; a fundamentação do seu recebimento, providência que deveria ser adotada em todas as outras modalidades de procedimento em atendimento ao disposto no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal:

Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:..., IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Depois de conceber a possibilidade do juiz encontrar fundamentos no inquérito policial, para julgar, Mirabete (2004) busca desconsiderar o inquérito policial como meio instrutório do processo:

A investigação procedida pela autoridade policial não se confunde com a instrução criminal, distinguindo o código de processo penal o inquérito policial (arts. 4ª a 23) da instrução criminal (arts. 394 a 405), não se aplicando ao inquérito policial, os princípios processuais (estado de inocência, contraditório, verdade real, oralidade, publicidade, obrigatoriedade, oficialidade, indisponibilidade do processo; juiz natural, iniciativa das partes e impulso oficial) (p.82).

Prosseguindo na análise do inquérito policial, Mirabete contradita suas próprias idéias, demonstrando no texto a seguir, o quanto é difícil, negar a realidade:

Como instrução provisória, de caráter inquisitivo, o inquérito policial tem valor informativo para a instauração da competente ação penal. Entretanto, nele se realizam certas provas periciais que, embora praticadas sem a participação do indiciado contêm em si maior dose de veracidade, visto que nelas preponderam fatores de ordem técnica que, além de mais difíceis de serem deturpados, oferecem

campo para uma apreciação objetiva e segura de suas conclusões. Nessas circunstâncias têm elas valor idêntico ao das provas colhidas em juízo. O conteúdo do inquérito, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público os elementos necessários para a propositura da ação penal, não poderá deixar de influir no espírito do juiz na formação de seu livre convencimento para o julgamento da causa, mesmo porque integra os autos do processo, podendo o juiz apoiar-se em elementos coligidos na fase extrajudicial. Como bem assinala Silvio Di Filippo, de acordo com o princípio do livre convencimento que informa o sistema processual penal, as circunstâncias indicadas nas informações da polícia podem constituir elementos válidos para a formação do convencimento do magistrado. Certamente, o inquérito serve para colheita de dados circunstanciais que podem ser comprovados ou corroborados pela prova judicial e de elemento subsidiário para reforçar o que for apurado em juízo. Não se pode, porém, fundamentar uma decisão condenatória apoiada exclusivamente no inquérito policial, o que contraria o princípio constitucional do contraditório. Essa conclusão ficou reforçada com as garantias processuais estabelecidas pela Constituição de 1988, embora já presente na jurisprudência. (2004, p. 85).

Com o devido respeito ao consagrado Mestre, não posso furtar-me ao seguinte questionamento: como explicar a transformação de uma instrução provisória, em definitiva, a ponto de servir de arrimo à sentença do juízo? E não se trata de negar-se a última proposição, posto que, realisticamente, ninguém pode negar que as mais importantes provas que instruem o processo, só existem única e exclusivamente no inquérito policial, onde são buscadas pelo juiz para fundamentar sua decisão. A menos que a provisoriedade expresse a idéia de validade temporária, até a submissão ao contraditório diferido e não de substituição por outra; não apresenta logicidade tal pensamento.

Para Guilherme de Souza Nucci (2006), conforme comentário ao Código de Processo Penal, o fato imputado ao acusado precisa ser certo, determinado, o que implica dizer; apurado, provado; em razão de questões ligadas ao Devido Processo Legal, implicando na efetiva aplicação prática do princípio do contraditório e da ampla defesa. Com efeito, é preciso que o acusado e mesmo o imputado, tenha uma clara percepção do fato que se-lhe imputa, sob pena de restar inviabilizada, ou seriamente prejudicada a “reação defensiva à imputação” (FERNANDES, 2002, p. 9). O inquérito policial só é necessário:

Fundamental para dar sustentação à denúncia quando outras provas pré-constituídas não tiverem sido produzidas. Havendo, por exemplo, um processo administrativo,

pronto e acabado, de onde se pode extrair as provas a sustentar a denúncia, basta a representação do ofendido (NUCCI, 2006, p. 151).

José Henrique Rodrigues Torres (apud NUCCI, 2006) manifestando-se sobre a denúncia alternativa ensina:

O fato imputado deve ser certo e determinado, exatamente para que o acusado possa defender-se com segurança. Não se pode transformar a denúncia em uma metralhadora giratória, cujo gatilho é acionado pela álea do conjunto probatório (p. 153).

Reconhece o autor em questão, a necessidade de comprovação do fato típico já por ocasião da denúncia, antes portanto do início do processo penal. Afrânio Silva Jardim (2003) manifestando-se sobre o mesmo assunto e discordando de Nucci (2006), assevera:

Não deve impressionar a circunstância de o titular da ação penal pública tornar explícita a sua dúvida em relação a que conduta efetivamente o acusado praticava (imputação alternativa objetiva) ou qual dos acusados que praticou a infração penal (alternatividade subjetiva). A dúvida a isto se resume, pois há firme convicção de que uma infração penal foi praticada (p. 119-20).

Ao que se pode acrescentar, importa afinal a prática de uma infração penal, ou seja, a ocorrência de um fato típico, que precisa estar provado, ainda uma vez, por ocasião do oferecimento da denúncia ou queixa.

O registro legal sobre a necessidade de comprovação do fato antes do início do processo penal, vem expresso no artigo 525 do código de processo penal, integrante do capítulo IV, do título I do livro II, que cuida do processo e do julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial, exigindo o legislador prova da materialidade delitiva, como condicionamento do recebimento da denúncia ou da queixa, artigo 525: “no caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.”

Parece não restar dúvidas, que na maioria dos casos, o nosso sistema jurídico processual penal exige a prova do fato e ao menos indícios de autoria para o início do processo. Diferentemente do processo civil, no penal, não basta a narrativa do fato que

consubstancia a causa de pedir, com a proposta de provar oportunamente o alegado; é preciso provar a materialidade delitiva; o fato típico em seus aspectos materiais, justificando-se tal exigência em face dos graves prejuízos ocasionados ao pretense autor de crime, a partir do seu indiciamento no inquérito policial, situação expressamente reconhecida por Scarance Fernandes (2002).

2.2.1 Análise Histórica dos Meios de Prova

Desde os tempos mais remotos, o julgamento vem subsidiado pelo processo, ou por um processo; irracional ou racional, suficientemente estruturado para propiciar uma decisão justa ou não, o processo é historicamente a base para o julgamento; traduzindo-se - o processo - pelo desenvolvimento de ações, que buscam produzir fatos que evidenciem, demonstrem o fato afinal interessante; a respeito do qual existe o interesse em prová-lo.

A prova e por consequência a atividade probatória constitui-se no ponto central de qualquer processo para julgamento, desde antes do surgimento de qualquer arcabouço jurídico.

[...] certamente, na rudimentar sociedade que são as fratias ou cúrias, denominações que as línguas grega ou romana deram ao agrupamento de famílias, e mais certamente na tribo, união de fratias ou cúrias, se pode entrever a prova judiciária, com caráter de meio para se chegar a concluir por uma decisão. Essas sociedades rudimentares já possuíam chefes, deliberavam em assembléias e expediam decretos obrigatórios a todos os seus membros, dispunham, assim, de uma organização política e tinham, em embrião, os fundamentos do processo judicial (SANTOS, 1950, p. 17).

O homem segue sua marcha evolutiva, cada vez melhor organizada socialmente; ora prevalentemente por normas de cunho religioso, ora legal, prevalecendo conforme o tempo e o lugar, a religião ou lei, posto que é inconcebível uma sociedade humana sem normas; constituindo-se a religião, na antiguidade, na força coercitiva, com o

que de resto persiste ainda hoje na sociedade moderna, ou pós-moderna; sem, contudo implicar no rompimento com a racionalidade; como era comum nas sociedades mais antigas.

A inibição da prática de fatos desagregadores da sociedade constituem-se no objetivo primordial das normas de qualquer natureza, impondo-se aos autores de tais fatos, conseqüências pela prática dos mesmos, uma vez provada a ocorrência do fato e quem foi o seu autor.

A prova do fato e sua autoria foi e continua sendo o ponto sensível do julgamento justo. Como reconstituir o fato; como identificar com precisão o seu autor, são questões tormentosas, que afligem a sociedade desde o seu surgimento.

Os povos primitivos e semi-primitivos, indo-europeus, os povos antigos da Ásia, em especial os germanos primitivos, pensavam ter solucionado tal questão, entregando a Deus o julgamento dos indivíduos.

As ordálias ou juízos de Deus, consistiu em um sistema de provas irracional, em que se decretava a absolvição ou condenação do acusado, conforme conseguisse vencer ou não determinadas provas, preservando a vida e sem marcas - de Deus - em razão da atividade dele exigida, como por exemplo, atravessar o fogo, vestido com uma camisa embebida em cera; pegar em ferro quente e retirar um ou mais objetos de dentro de uma caldeira de água a ferver; inversamente à idéia que presidiu a prova da água fervente, existiu também a prova da água fria - se Deus podia livrar o inocente das queimaduras, podia também fazer com que o culpado fosse afetado fisicamente pela água fria.

A noção de uma justiça a cargo de Deus que tinham aqueles povos, justificava, logicamente, a adoção de um tal sistema de provas, todo ele ritualístico, adotando-se um procedimento estritamente regulamentado; porém baseado em falsa premissa; a intervenção de Deus, indicando o culpado (SANTOS, 1950).

A pretensão de obter a verdade real, era a justificativa para as ordálias ou juízos de Deus. Tinha como base a idéia que Deus, uma vez provocado a manifestar-se a favor de inocente, indicaria o culpado, evitando intenso sofrimento físico aos acusados. O fim almejado, atingir a verdade real a qualquer custo, justificava os meios (CARVALHO NETO, 2002).

No declínio do sistema de prova das ordálias, depois da Idade Média, persiste ainda o juramento como meio de prova fundamentado na garantia da intervenção da divindade, que pela fé religiosa, conferia credibilidade àquele que comprometia-se sob juramento, justificando-se a sua aceitação, em face das dificuldades de utilização de outros meios de prova.

Se se reflete sobre a que grau de aperfeiçoamento é preciso chegar à organização de uma sociedade para que seja possível reunir e confrontar diversos gêneros de provas, colher e debater testemunhas, mesmo conduzi-las até os juízes, para por elas obter-se a verdade em presença dos acusados e acusadores, não se ficará longe de pensar que, na maior parte dos casos, as então deviam faltar e que, a vista disso, na falta de outro meio de solução, era natural adotar-se o único que fôra sempre praticável (DALLOZ apud SANTOS, 1950, p. 26).

O largo uso do juramento, inclusive em questões extra-judiciais; a sua disseminação na sociedade, leva-o à perda de sua eficácia, de maneira a não mais garantir o cumprimento da obrigação prometida, dando azo ao surgimento do duelo ou combate judiciário, como instituto probatório, que por vários séculos constitui-se no meio de solução de litígios.

Contrário às leis da Igreja, o duelo perde força e é afinal proibido a partir do século XIV, ressurgindo por uma questão de necessidade, uma vez abolidas as ordálias e o duelo, a prova testemunhal que retornou à condição de prova comum, já que escritos era coisa cara em uma sociedade iletrada, situação que se altera na medida em que se desenvolve o ser humano e por conseqüência as sociedades ou organizações humanas; atingindo atualmente o estágio da prova digital (SANTOS, 1950).

2.2.2 Dos Meios de Prova no Processo Penal na Atualidade

Persiste ainda hoje, na sociedade digital, tecnológica, algumas dificuldades em se encontrar, em várias situações, adequados meios de se provar os fatos juridicamente interessantes e seus respectivos autores.

Meio de prova nada mais é que a forma, a maneira pela qual prova-se, ou pode provar-se os fatos juridicamente interessantes. Não se confunde com a prova; é o meio pelo qual se evidencia racionalmente a logicidade de uma afirmação ou a existência de determinado fato.

Representam os meios de prova, as ações através das quais pode-se provar um fato de interesse jurídico; assim é que, no processo penal, exemplificativamente, pode-se provar os fatos que interessam ao Direito Penal, com ou através da ação de examinar o corpo do delito, ou outros vestígios deixados pelo crime, pela ação de levantamento de local de crime, pela ação de interrogar o acusado, ou de confissão deste, pela ação de questionamento do ofendido; pela ação de prestar depoimento; pela ação de reconhecimento de pessoas ou coisas, pela ação de acarear os envolvidos com o fato em apuração, pela ação de apresentação de documento, pela ação de evidenciamento de indícios, pela ação de busca e apreensão, pela ação de interceptação telefônica, pela ação de quebra de sigilo bancário, etc.

Todas estas ações representam meios de levantamento de prova; esta afinal e eventualmente produzida pelo resultado de tais ações; representando as provas, então, o laudo de exame de corpo de delito, o laudo de exame pericial, depoimento de testemunha, a apreensão da coisa relacionada com o fato criminoso ou seu autor, etc. Consistindo em prova propriamente dita, as verdades cientificamente expostas no laudo de exame pericial; a descrição do que viu, ouviu ou sentiu a testemunha, contido no seu depoimento, etc.

2.2.2.1 Exame de corpo de delito e outras perícias

A prova da existência do crime, como visto anteriormente, é condição para o recebimento da denúncia como regra geral. A comprovação de fato recortado pelo tipo penal, modelado pelas elementares de natureza objetiva, que forma o corpo de delito, é indiscutivelmente necessária, ocorrendo tal necessidade antes mesmo do início do processo e não poucas vezes, antes da instauração do inquérito policial e imediatamente após a notícia do fato criminoso.

O texto do artigo 6º, inciso VII do código de processo penal é incontroverso, “logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade Policial deverá determinar se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias.”

Podendo ser provada por qualquer outro meio, no caso das infrações penais que não deixam vestígios - *delicta facti transeuntis*³⁹ – a prova da existência do crime, quando a infração penal deixa vestígio, - *delicta facti permanentis*⁴⁰ – via de regra, só pode ser feita através de exame de corpo de delito, direto ou indireto, só podendo ser-lhe suprida a falta na hipótese de desaparecimento dos vestígios, quando então, está autorizada a prova da existência do crime através de prova testemunhal, nos termos do artigo 167 do código de processo penal.

Deparando a autoridade policial, no seu mister de prover as atividades de polícia judiciária, com a ocorrência de fato criminoso com vestígios formadores do corpo de delito, como por exemplo, o encontro de cadáver com marcas de violência, deverá, nos termos do artigo 6º, inciso VII, do código de processo providenciar a estabilização do local do crime

³⁹ Os delitos praticados sem vestígios

⁴⁰ Os delitos praticados com vestígios

e recorrendo aos profissionais da área médica, contratados pelo poder público para prestar-lhe as informações técnico – científicos próprias de tal esfera de conhecimento – peritos médicos – determinar a realização de exame de corpo de delito, que terá por finalidade revelar, principalmente, a morte e porque morreu aquele corpo – *causa mortis*⁴¹ – ligando os vestígios, as marcas externas e internas encontradas no cadáver, com a causa da morte do corpo.

Pode ocorrer ainda, no mesmo exemplo, que se detecte fragmentos de pele humana nas unhas do cadáver entre outros sinais de defesa ou de reação ao ataque; ou o encontro do provável instrumento do crime, a respeito do qual deverá a autoridade policial judiciária, requisitar exames periciais outros, que não o de corpo de delito, com o objetivo de reconstituir o fato criminoso e apontar o seu autor.

Os vestígios representados pelos fragmentos de pele colhidos entre as unhas do cadáver, o instrumento do crime e eventuais manchas de coloração vermelha que ostentar, definirão, uma vez periciados, uma série de questões importantes, relacionadas, principalmente com a autoria; podendo prestar-se, o exame pericial, nestas circunstâncias, à precisa definição do autor do crime, a partir, por exemplo, de uma denúncia anônima, que leve à possibilidade de comparação de matéria orgânica, como no exame de D.N.A.

Em qualquer das hipóteses de exame pericial acima aventadas, afigura-se necessário a realização de perícia, sendo porém, legalmente e processualmente indispensável, sob pena de nulidade a realização de exame de corpo de delito, conforme artigo 564, III, alínea b do C.P.P:

A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: b, o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no artigo 167.

⁴¹ Causa determinante da morte

A realização da perícia sobre os vestígios que compõem, formam o corpo do delito, que se prestam a comprovar o fato retratado no tipo penal, pelas elementares de natureza objetiva, no caso em questão, a morte de um homem por outro, representado tal fato no tipo penal do artigo 121, caput C.P., *matar alguém*, pelas elementares matar e alguém, significando a morte de homem por outro homem, fato este representado, recortado, individualizado pelas elementares em questão, diferenciam o exame de corpo de delito das outras periciais em geral.

Em princípio intransigente, a respeito da imprescindibilidade do exame de corpo de delito, “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”, conforme o artigo 158 C.P.P. O legislador abrandou sua posição na seqüência e permite expressamente seja suprida a perícia sobre o corpo de delito por prova testemunhal, quando não for possível a sua realização em razão do desaparecimento dos vestígios formadores do corpo de delito, o artigo 167 CPP preconiza que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.”

De notar-se que apesar da relativa segurança conseguida, com relação à representação mental de corpo de delito - conceito - ainda não foi possível precisar claramente, em quais circunstâncias a não realização do exame de corpo de delito levaria à nulidade prevista no artigo 564, inciso III, alínea “b” do código de processo penal, fato que leva a jurisprudência a decisões em vários sentidos, não conseguindo ainda uma harmonização sobre tal questão.

O Código de Processo Penal, depois de dispor sobre regras gerais a serem observadas com relação à prova – restrição à prova somente com relação ao estado das pessoas; ônus da prova e princípio do livre convencimento do juiz – elenca no título VII, capítulos II ao XI, os vários meios, através dos quais busca-se provar o fato e sua autoria,

tratando-se de rol exemplificativo, conforme os princípios da liberdade de prova e verdade real.

O meio de provar fato criminoso ou qualquer de suas circunstâncias e respectiva autoria é livre, exceto, como especifica a lei:, no C.P.P. art. 155 código RT “no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.” Com relação à prova do estado das pessoas, que só é aceitável através de certidão expedida pelo órgão público competente, qualquer outro fato de interesse jurídico – penal pode ser provado por todos os meios considerados lícitos, em homenagem ao princípio da verdade real, que impõe-se no processo penal em razão da indisponibilidade dos bens em julgamento, tendo em vista sua natureza de interesse social.

O exame de corpo de delito e as perícias em geral são os meios de prova que abrem o rol legal; não é por acaso que isso ocorre, os exames periciais hoje, apresentam-se no processo penal, quase sempre como verdades absolutas, dificilmente contestados pela defesa, tal o prestígio que goza essa prova atualmente denominada científica, a atestar-lhe o grau de certeza e o potencial de convencimento.

Ao cunhar-se a expressão corpo de delito, imaginou-se, de forma figurada, um corpo para o delito; com certeza a expressão tem a ver com a idéia do homem integrado em sua unidade por corpo e alma, representando esta, o aspecto imaterial e aquela o aspecto material, palpável, visível, identificável pelos sentidos. Tal idéia, figurativamente utilizada na expressão corpo de delito, revela a existência de crimes com um corpo, um aspecto material quando de sua ocorrência - crime que deixam vestígios -, que nada mais é que o conjunto de vestígios que conformam o fato criminoso, conferindo-lhe definição sob o aspecto material.

Parece claro que o legislador, ao disciplinar a realização de exame de corpo de delito e das perícias em geral, nos artigos 158 a 184 C.P.P, pretendeu diferenciar o exame de corpo de delito das demais perícias, estabelecendo uma relação de gênero a espécie, sem

contudo esclarecer com precisão, quais os dados de individualização do corpo de delito, dentro do gênero, perícia.

Apresenta certa relevância, a identificação dos elementos ou dados individualizadores daquilo que se designa por corpo de delito, já que o seu exame recebeu tratamento diferenciado do legislador, em especial, com relação à indispensabilidade do exame de corpo de delito, conforme o artigo 158 C.P.P, “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”

As várias definições de corpo de delito oferecidas pelos autores, desde João Mendes (apud ESPINOLA FILHO, 1980), Tourinho Filho (2002) e Guilherme de Souza Nucci (2006), apresentam o aspecto material do delito como dado marcante do conceito; ou seja, são as marcas deixadas pelo crime, a materialidade delitiva, que dão o tom à definição de representação mental do objeto conceituado, qual seja, o corpo de delito, que seria: “o conjunto dos elementos sensíveis do fato criminoso”, na visão de João Mendes (apud ESPINOLA FILHO, 1980, p. 456); ou aquilo que “corresponde ao conjunto de elementos físicos, materiais, contidos explicitamente, na definição do crime, isto é, no modelo legal”, conforme Rogério Lauria Tucci (apud NUCCI, 2006, p. 366), ou ainda:

O conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal, a materialidade do crime, aquilo que se vê, apalpa, sente, em suma, pode ser examinado através dos sentidos (MIRABETE, 2003, p. 290).

Grego Filho (1999) considera o corpo de delito sob dois aspectos ou sentidos:

Num sentido mais amplo (e histórico) o corpo de delito é a própria infração no que ela tem de exterior; confunde-se com a conduta criminosa. No sentido técnico – processual, corpo de delito é o conjunto de modificações físicas do mundo exterior provocado pela ação delituosa, ou seja, os vestígios deixados pela infração (p. 221)

Para Fernando da Costa Tourinho Filho (2002), que adota o conceito de corpo de delito apresentado por Tornaghi, que por sua vez, socorreu-se das lições de Farinácio, todos citados em seu texto, o corpo de delito conceitua-se como:

Conjunto de vestígios materiais deixados pelo crime... exame de corpo de delito é a comprovação pericial dos elementos objetivos do tipo, no que diz respeito principalmente, ao evento produzido pela conduta deletosa (p. 246).

Podendo-se extrair daí, a idéia de corpo de delito como sendo os vestígios materiais provocados pela ação criminosa, no que tange às elementares objetivas do tipo conforme conceitua Guilherme de Souza Nucci (2002, p. 311) como “a materialidade do crime, isto é, a prova da sua existência; sob o aspecto material”.

Verifica-se que os conceitos em análise estão calcados nas marcas, nos dados objetivos, materiais; ou seja, perceptíveis pelos sentidos, que foram produzidos pela ação delituosa. Tal referencial não é suficiente para diferenciar o corpo de delito de outras marcas, dados, produzidos pela ação criminosa; o que de fato individualiza o corpo de delito, é a relação direta das marcas, dos dados objetivos produzidos pela ação delituosa, com as elementares do tipo e subtipo penal, de natureza objetiva, atestando, as marcas produzidas pela conduta do agente, o resultado como consequência, perfazendo-se o tipo penal objetivo, ou seja, material.

O corpo de delito é, portanto, formado por aqueles vestígios que podem comprovar a ocorrência do fato retratado objetivamente no tipo penal, através das elementares do tipo de natureza objetiva. Assim é que, a conduta delituosa de esfaquear, requer a comprovação da consequência ou resultado consistente na produção de ferimentos em alguém, significando ser humano; e uma vez provado através do exame de corpo de delito a condição de humano, do ser sobre o qual incidiu a ação e as lesões por ele ostentadas em razão da conduta, perfaz-se o tipo objetivo - conduta, resultado e nexo de causalidade - de

eventual crime de lesão corporal ou homicídio tentado, dependendo do elemento subjetivo do crime; dolo de lesão corporal, ou de homicídio, ou seja, intenção ou vontade de lesionar ou de matar um ser humano, perfazendo-se o tipo do homicídio consumado, se das lesões decorre a morte; elementar objetiva de homicídio - tipo penal - que deverá necessariamente ser comprovada, através do exame de corpo de delito, salvo na hipótese de impossibilidade de sua realização, em razão do desaparecimento dos vestígios, tudo conforme o disposto no Código de Processo Penal no artigo 158 “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”, e artigo 167 “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.”

Pelo exposto, conclui-se que não são quaisquer vestígios deixados pela infração, que constituem-se em corpo de delito, mas somente aqueles que disserem respeito às elementares objetivas do tipo penal, que constituem-se na materialidade delitiva, no crime sob o seu aspecto material. Não é outro o entendimento abalizado de Rogério Lauria Tucci (apud NUCCI, 2006) ao conceituar corpo de delito. O mesmo ensinamento extrai-se da lição de Tourinho Filho (2002), ao referir-se ao exame de corpo de delito.

No mesmo sentido, a lição de Guilherme de Souza Nucci:

É próprio afirmar que toda infração penal possui corpo de delito, isto é, prova da sua existência, pois exige-se materialidade para condenar qualquer pessoa, embora nem todas fixem o corpo de delito por vestígios materiais. Em relação a estas últimas é que se preocupou o artigo em questão [...] o corpo de delito é a materialidade do crime, isto é, a prova da sua existência (2006, p. 366).

Sendo oportuno e por último acrescentar, que as infrações que deixam vestígios - *delicta facti permanentis* -, são aquelas que nos dizeres de Nucci (2006) fixam o corpo de delito por vestígios materiais e aquelas que não deixam vestígios - *delicta facti transeuntis* - aquelas que não fixam o corpo de delito por vestígios materiais, pelo que, não teria sentido falar-se em exame de corpo de delito nestas circunstâncias.

O exame pericial, incidente sobre os vestígios que compõem o corpo de delito, bem como sobre outros vestígios sem tal qualificação, se nos afigura de fundamental importância para a reconstituição do fato criminoso e indicação de autoria, aproximando-se mais do estabelecimento da verdade real, na medida em que forem os exames periciais, realizados oportunamente, garantindo a aplicação dos conhecimentos científicos sobre dados e vestígios produzidos com a prática do crime inalterados sob quaisquer aspectos.

Deve-se ter por indispensável, para a segura reconstituição do fato e indicação de autoria, a realização de exames periciais, ainda que outros meios de prova subsidiem conclusões sobre materialidade e autoria; assim é que se, a título de exemplo, existe testemunho, que determinado sujeito foi visto no local de crime de homicídio, perpetrado através do uso de arma de fogo, é evidente que a realização do exame pericial denominado residuográfico deve ser providenciado pela autoridade policial; no mesmo exemplo e com mais propriedade, se a testemunha afirma que sentiu cheiro característico de pólvora, oriundo das vestes ou corpo do suspeito; impõe-se o exame pericial em questão, que determinará por processo cientificamente reconhecido a verdade real sobre tal fato - presença de pólvora nas vestes ou corpo do sujeito, particularmente nas mãos.

Em acordo com a idéia que a apuração do fato e indicação de autoria efetiva-se na primeira fase da persecução penal, através das atividades desenvolvidas pela polícia judiciária, é preciso desenvolver estratégias de ações que possibilitem a legitimação do contraditório diferido, como real oportunidade de contraposição da defesa ou como quer Scarance Fernandes, que se oportunize a reação defensiva à imputação em todas as fases da persecução penal e afinal garanta à defesa participação na efetiva produção da prova, ainda que seja através do contraditório (FERNANDES, 2002).

2.2.2.2 Interrogatório e confissão do acusado como meio de prova

A natureza do interrogatório do acusado – meio de defesa ou de prova – ainda é motivo de discussão doutrinária. Guilherme de Souza Nucci (2006) identificou na doutrina três posições sobre a natureza do interrogatório; seria meio de prova primordialmente, meio de defesa e ainda meio de prova e de defesa, assumindo o autor posicionamento próprio, ao conceituar o interrogatório como meio de defesa fundamentalmente e secundariamente como meio de prova.

Analisado sob o aspecto formal, em face do processo, o interrogatório apresenta-se como uma oportunidade para o acusado manifestar-se em sua defesa, podendo contrapor-se, concordar, ou simplesmente manter-se em silêncio, sobre a imputação que lhe é feita; não restando dúvidas, que formalmente, trata-se de instrumento processual da defesa, entendendo-se a sua colocação como fundamental à defesa e ao processo. Por outro lado, considerando como ato de registro de fatos importantes relacionados com a materialidade e ou autoria, caracteriza-se, inquestionavelmente como meio de prova e como tal é previsto no nosso ordenamento jurídico.

Elencado entre os meios de prova, previstos exemplificativamente pelo Código de Processo Penal - título VII, da prova, capítulo III, artigos 185 e seguinte - assim como a confissão do acusado, disciplinada no capítulo seguinte - artigos 197 usque 200 - portanto separadamente; o interrogatório apresenta características ou aspectos variados, ligados aos seus objetivos, do ponto de vista processual. Com efeito, tem o interrogatório importante papel na identificação ético-social do acusado; importa o crime em função do réu, decorrendo daí, a necessidade de o Juiz investigá-lo para conhecer-lhe o caráter ou índole, levantando suas condições de vida individual, familiar e social; a sua conduta ao tempo do crime ou depois, bem como o seu grau de periculosidade (ESPÍNOLA, 1980).

Por outro lado, presta-se o interrogatório para marcar o contraste entre a acusação e a defesa, abre-se a oportunidade para o acusado manifestar-se sobre o fato que lhe é imputado, apresentando diretamente ao juiz a sua versão sobre os acontecimentos, objeto do processo. Neste sentido a lição de Altavilla, citado por Espínola Filho (1980):

Se, do ponto de vista formal, a relação processual se instaurou no momento em que a ação penal dirige a pretensão punitiva contra um indiciado, fazendo-lhe assumir a qualidade de acusado, somente no interrogatório adquire existência o contraste entre a acusação e a defesa, com que se concretiza o contraditório, visando ao qual se realizam os atos anteriores ao interrogatório (mandados, citações); constitui-se, porém, com o interrogatório e com os diversos atos, praticados pelo acusado, diretamente ou por meio do seu defensor, em oposição à acusação (p. 8-9).

Portanto, são dois os aspectos de interrogatório, o do artigo 187 C.P.P “o interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos” que revelam a sua dupla finalidade: identificação do acusado, alcançada pelo interrogatório dito de qualificação, consistente na inquirição do acusado sobre sua identificação civil e suas condições morais sob o aspecto individual e social, extraindo-se de tais questionamentos, conclusões sobre a sua periculosidade – e possibilitar ao acusado a apresentação da sua versão sobre os fatos que lhes são imputados – finalidade esta alcançada pelo interrogatório dito de mérito.

Postas as coisas como o foram, podemos agora questionar com base nos objetivos buscados com o interrogatório, sobre a sua imprescindibilidade; verificando se tais objetivos podem ser atingidos por outra forma.

Ao dispor sobre o assunto, o legislador deixa claro a importância do interrogatório do acusado e tende a exigir a sua ocorrência como algo imprescindível ao processo e só arrefece tal ânimo, ante a possibilidade de estagnação do processo pela ausência do interrogatório do acusado; assim é que dispõe no artigo 185 do C.P.P “o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.”

No artigo 394 estabelece o momento processual para o interrogatório, que contudo poderá ser realizado a qualquer momento, durante o curso do processo “o juiz ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do querelante ou do assistente”, e afinal estabelece no artigo 564, inciso III, alínea e, como causa de nulidade a ausência do interrogatório do acusado presente “a nulidade ocorrerá nos seguintes casos: inciso III: por falta das fórmulas” ou dos termos seguintes: alínea e: “a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa.”

No caso de ausência do acusado, o juiz nomear-lhe-á defensor, abrindo prazo para a defesa - artigo 396, § único, do C.P.P. - podendo o acusado ser interrogado em momento posterior, se comparecer em juízo, o que deixa claro a imprescindibilidade do interrogatório do acusado que se fizer presente ao longo do processo, posição corroborada ainda, pelo disposto no artigo 196 do C.P.P “a todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.”

Na ausência do interrogatório, as informações sobre a vida pregressa do acusado, juntadas ao inquérito policial, fornecerão os subsídios necessários para o juiz aferir sua identificação civil e social; quanto ao interrogatório de mérito, ou sobre o fato imputado, a defesa técnica poderá suprir-lhe a falta; aliás, pode ser preferível para a defesa utilizar-se do direito ao silêncio para não responder às questões de mérito, o que leva à idéia da possibilidade de ser dispensável pela defesa, o interrogatório de mérito.

Parece-me, razoavelmente claro, que o interrogatório apresenta-se no processo como meio de prova, que pode prevalentemente provar fato de interesse da defesa, o que não significa proibição de valoração das informações prestadas pelo acusado em razão ou por ocasião do seu interrogatório. Trata-se de mais um meio e ou fonte de prova, a ser avaliado pelo juiz, em acordo com o princípio do livre convencimento.

A confissão do acusado deve ser regida pelo princípio *nemo tenetur se detegere*⁴², - ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo - que se efetiva no caso da confissão, pelo direito ao silêncio, previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” o que assegura, espontaneamente à eventual confissão do acusado, via de regra ocorrida no interrogatório.

Históricamente, o direito ao silêncio, surgiu como contraponto à inquisição; própria dos tribunais eclesiais, que atribuíam à confissão a condição de rainha das provas; confessado o fato, tornava-se o mesmo incontroverso, o que em certa medida servia como justificativa para atos de barbárie, com o fim de obter a confissão; passando em seguida por um direito ao silêncio que uma vez exercido, acarretava consequências prejudiciais ao acusado, quando da avaliação pelo juiz, conforme expressamente previsto pelo texto até pouco tempo vigente do artigo 186 do C.P.P, que até a edição da lei nº 10.792/2003, dispunha que “antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.”

Modificado pela lei em questão, depois de contestada a constitucionalidade do artigo em questão, após a constituição de 1988; no que se refere à última parte, o dispositivo em análise, ganhou nova redação e um parágrafo único, garantindo o silêncio do acusado, efetivamente como um direito, ao dispor artigo 186 e parágrafo único:

Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

⁴² Ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo

Resta ainda, no mesmo contexto, a análise do artigo 198 do Código de Processo Penal que, em contradição com o parágrafo do artigo 186, atribui consequência prejudicial ao réu em razão do exercício do direito ao silêncio, pelo que propõe Guilherme de Souza Nucci (2006) com base em Rogério Lauria Tucci, a desconsideração da última parte do referido artigo por inconstitucionalidade.

Confessando o acusado e obedecendo-se as regras referenciadas, caracteriza-se como legítimo meio de prova; apto a embasar a decisão judicial.

2.2.2.3 Declarações do ofendido e prova testemunhal

A partir do questionamento da capacidade de testemunhar, em face da adoção pelo nosso sistema processual penal do princípio da verdade real, que tem como corolário o sistema do livre convencimento e da livre apreciação das provas pelo juiz, Eduardo Espínola Filho esclarece que o estudo das testemunhas compreende, não só os depoimentos como elementos de prova, mas também as próprias pessoas físicas, que através de seus sentidos apreenderam o fato de interesse jurídico processual-penal.

Atribui-se ao juiz, a valoração adequada em cada situação concreta, ausente qualquer forma de pré-estabelecimento de valores dos elementos de prova que não podem concorrer entre si, dentro do conjunto probatório, a partir da análise da situação em concreto feita pelo juiz que estabelecerá racionalmente, a valoração dos elementos de prova que compõem o conjunto probatório; preferindo-se portanto, a avaliação do depoimento à sua contagem, valendo o mesmo raciocínio, para os outros meios de prova a ele semelhante; confira-se ainda a respeito, Florian (apud ESPÍNOLA, 1980, p. 94):

O progresso jurídico manifestou-se e cada vez mais se afirma no esforço de fazer prevalecer, no regulamento da prova testemunhal, os fatores e os coeficientes naturais e humanos sobre os requisitos formais e pré estabelecidos (...). Nos tempos modernos restabelecido o império do método do livre convencimento a demolição das provas legais desornou as fileiras infinitas pelas quais se dividia e subdividia a imponente falange das assim faladas tes in habiles, que a prática do processo penal comum havia agrupado com tanto zelo introduzindo-a nos tribunais (...). Expurgados dos coeficientes, ou limitações formais, o conceito da capacidade de testemunhar, pode agora dizer-se, perfeitamente; qualquer pessoa física é juridicamente capaz não mais importa a nacionalidade da pessoa... Não importam o sexo, a idade juvenil ou avançada, as imperfeições físicas (cego, surdo, mudo, surdo-mudo, paralítico), as doenças mentais ou corporais, os estados contingentes de consciência (embriaguez, por exemplo), a assim por diante(...). Do mesmo modo, nem o estado social e a condição econômica das pessoas, nem a reputação e a fama, nem a profissão religiosa acarretam restrições; nem da condenação penal decorrem indignidades, que formem obstáculo ao exercício do testemunho; essa amplíssima liberdade, que sustenta e vivifica a capacidade de testemunha encontra seu fundamento na exigência da maior e mais larga investigação dos fatos a qual é dominante do processo penal, obstáculo pré-estabelecido, inibições inflexíveis, rigor de categorias fixas, etc, embaraçariam muito freqüentemente, a pesquisa da verdade, meta e alma do processo penal.

A amplitude legal da capacidade testemunhal claramente estabelecida no artigo 202 do Código de Processo Penal “toda pessoa poderá ser testemunha” encontra o devido limite, na livre avaliação do juiz, corolário do princípio do livre convencimento e ainda na recomendação legal de consideração especial, na apreciação de certas pessoas, desobrigadas de compromisso de dizer a verdade e por esta razão, não tão vinculadas, quanto às demais, à estrita observância da verdade sobre os fatos a respeito dos quais depõem, restando ainda mencionar, como limitações à capacidade de testemunhar aquelas situações previstas no artigo 207 do C.P.P, conforme Eduardo Espínola Filho (1980).

Das pessoas sujeitas à especial apreciação do que dizem no depoimento, umas trazem como motivo de tais cuidados o seu estado de patente imaturidade das faculdades mentais, do seu atraso ou deficiência mentais; outras apresentam natural tendência à imparcialidade, em face de suas relações de parentesco com o acusado, conforme o art. 208 C.P.P.

Os parentes mais próximos do ofendido, apesar de encontrarem-se em situação semelhante, porém não igual, àquelas pessoas mencionadas no artigo 206 do Código de Processo Penal, ao qual faz remissão, o artigo 208 do mesmo estatuto, não mereceram a

mesma consideração por parte do legislador e portanto estão obrigadas a depor e a prestar compromisso, fato que desagradou Espínola Filho (1980).

Propõe a lei, como situação ideal, a desobrigação das pessoas elencadas no artigo 206 do C.P.P., de depor, em face das dificuldades naturais, de eventualmente produzir prova para a condenação de pessoa a ela ligada por laços de parentesco. Não sendo possível a desobrigação, tendo em vista o interesse prevalecente da sociedade em apurar a verdade real, abre-se a possibilidade de obrigá-los a depor; quando de outro modo, não for possível conseguir obter, ou integrar a prova do fato e das suas circunstâncias, vale dizer, quando tais depoimentos forem imprescindíveis ao esclarecimento do fato e suas circunstâncias.

Trata-se de reconhecimento expresso e formal, claro e preciso da natural parcialidade, levando a testemunha à situação de desequilíbrio, em face da obrigação de dizer a verdade, pelo que o legislador admite, que em tais circunstâncias resta prejudicada sua capacidade de testemunhar, fato que reflete diretamente na questão da reprovabilidade, com conseqüências no campo penal, conforme se verá adiante. Para Eduardo Espínola Filho (1980, p. 96-7):

São elas ouvidas como elementos, que apenas se consideram capazes de prestar informações úteis à Justiça, mas prevenido de antemão, o juiz, sobre a impossibilidade de contar com uma completa isenção de ânimo de tais informantes, por isso mesmo isentas do compromisso.

As razões para o não deferimento de compromisso aos doentes e deficientes mentais e menores de quatorze anos conforme previsto no artigo 208 C.P.P., são diversas daquelas relativas às pessoas elencadas pelo artigo 206 do Código de Processo Penal; acomoda-se contudo ao raciocínio acima expandido. Com efeito, em razão da impossibilidade de entendimento do sentido do compromisso e portanto da obrigação de dizer a verdade, ou melhor, do comprometimento mesmo de dizer a verdade, segue-se em relação a eles, os mesmo cuidados com relação à aferição do que disserem, justificando-se assim a dispensa do

compromisso, pelo que, figuram também como informantes e não como testemunhas propriamente ditas, admitindo-se também em relação a eles, doentes e deficientes mentais e aos menores de quatorze anos, esperada desconformidade entre os fatos e o que disserem a respeito desses mesmos fatos.

Resume-se das lições dos consagrados mestres – Florian (apud ESPÍNOLA, 1980) e Espínola Filho (1980) que o compromisso de dizer a verdade, agasalha entre suas finalidades, aquela de estabelecer, por exclusão, quem tem condições satisfatórias de compreender e agir em acordo com os interesses da sociedade, contribuindo para a realização da Justiça penal, por isso que se lhes impõe o compromisso de dizer a verdade sob pena de responder pelas penas do falso testemunho. No mesmo sentido, deduz-se a lição de Manzini, citado por Espínola Filho (1980).

A exclusão do compromisso não significa necessariamente incapacidade de testemunhar, mas representa uma presunção de incapacidade de compreender ou de agir em acordo com a importância do próprio ato de testemunhar; quer em função da presumida incapacidade de compreender a importância do ato, quer em razão de circunstância que afeta particularmente a pessoa na sua independência para agir; apesar de compreender a importância do ato, razões de afetividade, comum nas relações de parentesco, presumidamente podem incapacitar o sujeito de agir no interesse da sociedade.

O fato de o compromisso designar situações legalmente estabelecidas, de presunção de possibilidade de abalo na confiabilidade da testemunha, não interfere, à priori, com a avaliação da prova, em face do princípio do livre convencimento, do qual decorre a livre avaliação da prova pelo juiz, mas apenas chama-lhe a atenção, prepara-o, para uma possível negação da verdade em razão das circunstâncias já exaustivamente analisadas.

O testemunho daqueles que não prestam compromisso não está por esta razão acoimado de mendazes e podem encerrar, o mais puro teor de verdade, o que deverá ser

detectado, aferido, caso a caso pelo juiz. Completando tal idéia, prevalece como válido o testemunho prestado sem o compromisso nos casos em que é exigível. Tourinho Filho (2002) considera, a esse respeito, que não se trata de ato essencial ao processo, posto que, nem mesmo o testemunho ostentaria tal condição.

Testemunhas, no sentido próprio do termo, são pessoas físicas que dão testemunho da realidade de algo, atestando-lhe a veracidade, como quando dão um fato por real e verídico. Para Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 383), testemunha:

É a pessoa que declara ter tomado conhecimento de algo, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de estar sendo imparcial e dizendo a verdade.

Afirma o mencionado autor que “informante não é testemunha, posto não Ter qualquer vínculo com a imparcialidade e com a obrigação de dizer a verdade, por isso não presta compromisso” (p. 384).

Nestas condições estão as pessoas mencionadas no artigo 208 do Código de Processo Penal, bem como aquelas elencadas no artigo 206 do mesmo estatuto, ao qual o primeiro faz remissão, desobrigadas de depor, salvo no caso de imprescindibilidade de suas informações para obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias, o ascendente, o descendente, o afim em linha reta, o cônjuge ainda que separado judicialmente, o irmão e o pai, a mãe ou o filho adotivo do acusado, prestarão informações.

Isentos do dever de compromisso com a imparcialidade e a verdade, as pessoas em questão, nos precisos termos dos artigos mencionados, em especial o artigo 208 do Código de Processo Penal, que coloca ainda nas mesmas condições os doentes e deficientes mentais e os menores de quatorze anos, que nestas condições não são testemunhas, mas informantes sujeitos ético e moralmente ao compromisso com a imparcialidade e a verdade, são porém legalmente isentas de responsabilidade pela falta a tal compromisso,

restringindo-se às pessoas indicadas no dispositivo legal citado, a condição de informantes, equiparadas ao ofendido, também dispensado do compromisso legal de dizer a verdade, assim como o autor do fato penalmente interessante.

Nega-se, portanto, a condição de informante ou de testemunha imprópria, ao co-autor inimputável, menor de dezoito anos e com idade igual ou superior a quatorze anos, que por não estar sujeito à pena, mas à medida sócio educativa, em acordo com o E.C.A, deve prestar o compromisso acarretando a sua quebra, à sujeição às medidas decorrentes da prática de ato infracional.

Enfim, restringe-se às pessoas legalmente previstas nos artigos 206 a 208 do C.P.P., a condição de testemunhas impróprias ou informantes, não sujeitas a prestar compromisso a que alude o artigo 203 e 210 do Código de Processo Penal. (NUCCI, 2006).

Em sentido contrário, a lição de Vicente Greco Filho (1999, p. 231), que conceituando testemunha como “a pessoa desinteressada que presta depoimento sobre os fatos pertinentes e relevantes do processo”, distingue testemunha que presta compromisso e responde por falso testemunho dos demais meios de prova baseado na percepção dos sentidos humanos; como os declarantes e parentes do acusado, acrescentando, contrariamente à posição de Guilherme Souza Nucci (2006), e apenas neste ponto, os parentes do ofendido.

Enfim, há testemunhas e informantes; somente aquelas devem responder pelo falso testemunho - art. 342. C.P. -. É nítida a redação de referido artigo 342 do código penal, ao mencionar que é crime “fazer afirmação falsa ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, tradutor ou intérprete.” Não há referência à vítima, nem tampouco aos informantes. Defender o contrário significa dizer que a vítima é testemunha e que todos os informantes também o são, algo incompatível com a sistemática do processo penal brasileiro (NUCCI, p. 387-8).

A exigibilidade de compromisso integral, portanto, o conceito de testemunha em sentido próprio, descaracterizando como tal, aquelas pessoas dispensadas de prestá-lo.

Imprescindível à caracterização de testemunha, o compromisso de dizer a verdade reflete diretamente como dado importante na tipificação do crime previsto no artigo 342 do Código Penal, operando a atipicidade do fato daquele que intervir no processo, como informante ou testemunha impropriamente considerada, faltando ao dever do compromisso ético-moral de imparcialidade e verdade, contudo indiferente ao direito penal.

O compromisso de dizer a verdade, que deve ser assumido pela testemunha, cujo descumprimento enseja a responsabilização por crime de falso testemunho, previsto no artigo 342 do Código Penal, cumpre no sistema jurídico penal-processual, um papel muito mais importante que aquele que se pretende conferir-lhe; de mera formalidade.

É bem verdade, que no âmbito da avaliação da prova, a ausência de compromisso quando exigível e a sua dispensa nas situações mencionadas, não chega a infirmar a prova representada pelo testemunho oriundo de pessoas nas condições já especificadas; contudo consubstancia-se no instrumento legal de definição e portanto de repartição das situações, em que a pessoa física está obrigada ética e moralmente a ser imparcial e dizer a verdade, daquelas em que legalmente assume tal compromisso, que uma vez quebrado leva à caracterização de crime de falso testemunho, preenchendo os elementos do tipo previsto no artigo 342 do C.P.

Parece claro que, nas situações previstas no artigo 206 e 208 do C.P.P., o legislador considerou tratar-se de uma questão naturalmente aceitável o fato da pessoa instada a prestar informações ao juízo, pudesse, em face das condições a que está submetida, faltar com a verdade, consignando assim, expressamente a ausência de obrigação legal de dizer a verdade, reconhecendo situação de direito natural, na responsabilização social à conduta de quem age nas condições especificadas.

A tomada de declarações do ofendido, disciplinada no artigo 201 do Código de Processo Penal e a possibilidade de sua condução coercitiva, prevista no parágrafo único, dão a dimensão da importância de identificação e das informações do ofendido que, via de regra, fornece os primeiros subsídios para o início das investigações na fase pré-processual, merecendo contudo análise criteriosa na avaliação da prova feita pelo juiz, tendo em vista a natural parcialidade do ofendido, fator que aproxima dele, as pessoas ligadas de qualquer forma ao acusado, em especial aquelas citadas nos artigos já antes referenciados.

2.2.2.4 Reconhecimento de pessoas e coisas

É possível e amiúde utilizado como meio de provar-se determinado fato ou circunstância, o reconhecimento de pessoas e coisas. A própria expressão dominante na exposição do assunto em pauta – reconhecimento – traz a idéia claramente expendida pelo radical reconhecer, que significa: conhecer de novo - quem se tinha conhecido em outro tempo (FERREIRA, 1996, p.198).

O reconhecimento se faz portanto em face das características e ou peculiaridades, já conhecidas do reconhecedor, que fazem a pessoa ou objeto diferentes dos semelhantes e ou único; no caso de objeto, recaindo a ação de reconhecimento ou reconhecimento, sobre a pessoa, suspeito da prática de determinado crime e ou sobre coisas; produto, instrumento ou objeto do crime, ou seja aquilo que suportou a ação criminosa; podendo ainda, excepcionalmente, admitir-se o reconhecimento de coisas perdidas e ou inadvertidamente abandonadas no local do delito, em muitos casos, fundamental para a apuração da autoria de crime.

Inequivocamente, constitui-se o reconhecimento em um meio de prova; da autoria do crime, no caso do reconhecimento de pessoa; do fato e da autoria, na hipótese de reconhecimento de objeto; é a posição de Florian (apud ESPÍNOLA FILHO, 1980, p. 141).

A prova não é, apenas, a que tem por objeto os fatos imputados, e, assim, o reconhecimento é elemento de prova, porque, por meio dêle, se introduz no processo, e nêle se adquire, o conhecimento certa da entidade física de uma pessoa ou de uma coisa. Enfim, o reconhecimento fornece a prova da identidade física da pessoa ou da coisa; com o que se tem, já, um objeto de prova, introduzido no processo, e parece suficiente para o efeito de considerá-lo como meio de prova.

Consistindo o reconhecimento na apresentação do suspeito ou na exibição do objeto ao(s) reconhecedor(es) que haverão de os reconhecer, tanto o objeto como o suspeito pelas características que antes descreveram, pensou-se em descaracterizá-lo como meio de prova, equiparando-o ao testemunho (MANZINI apud ESPÍNOLA FILHO, 1980). Prevalece contudo a posição antes citada de Florian que confere individualidade ao reconhecimento como meio de prova.

2.2.2.5 Outros meios de prova relacionados pelo legislador – acareação, documentos, indícios e busca e apreensão

Trata o legislador da acareação, no artigo 229 C.P.P.:

A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Consiste no fato de colocar-se frente à frente as pessoas que foram inquiridas no inquérito, ou no processo, cujas versões sobre ponto relevante do fato criminoso, sejam essencialmente divergentes; cuida-se na realidade de medida saneadora adotada com a finalidade específica de estabelecer um conjunto probatório harmonioso, no que diz respeito às várias versões apresentadas pelos variados atores; consiste em uma

tentativa de aparar arestas sobre pontos relevantes do fato em apuração e pré-estabelecer, qual das versões divergentes deve afinal prevalecer.

A prova do fato criminoso e de sua autoria, evidentemente, pode ser feita por documentos, cuja juntada, em princípio pode ocorrer em qualquer fase do processo, respeitando-se as limitações impostas pela proibição de provas ilícitas.

Arrolados pelo legislador como meio de prova, os indícios representam os acontecimentos, fatos ou dados incontrovertidos que, por indução, levam à idéia logicamente decorrente, da existência ou ocorrência de outro fato então desconhecido. Se determinado indivíduo é surpreendido agarrado a um televisor que acabara de ser subtraído de local certo e próximo de onde tentava esconder-se, cabe a atribuição, por indução, a ele, da autoria do furto em questão. No exemplo mencionado, o fato de estar o sujeito, buscando esconder-se com o objeto do furto caracteriza o indício, que leva à conclusão logicamente decorrente que ele é o autor do furto. Prova-se um fato desconhecido – subtração do televisor – a partir de outro fato conhecido e provado – indivíduo surpreendido na posse do objeto subtraído.

Questiona-se na doutrina e na jurisprudência o valor probante do indício, que certamente deve ser avaliado em acordo com o princípio do livre convencimento do juiz, e do indúcio pró-réu. No mesmo sentido a lição de Garraud (apud ESPÍNOLA FILHO, 1980, p. 175-6):

Sem dúvida, os juristas aconselham a desconfiar da prova por indícios, em razão do seu aspecto conjectural, mas, como não podem ter a pretensão de encadear a convicção do juiz com regras de direito, os seus avisos têm um caráter principalmente teórico. Acrescenta o autor: O art. 342 do Código de instrução criminal aplica, particularmente, aos indícios o princípio de direito moderno, segundo o qual a convicção do juiz se forma sem entraves... O campo de aplicação dos indícios é, pois, tão extenso como o da prova testemunhal.

A busca e apreensão, disciplinada nos artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal, não constitui-se propriamente em um meio de prova; a apreensão que consiste no objetivo da busca, é que na verdade caracteriza-se como meio de prova, até porque a busca

pode resultar em infrutífera, não decorrendo dela a apreensão, por não ser encontrada a pessoa ou coisa, que possa resultar em prova de um fato criminoso ou de sua autoria.

O que está regulamentado nos dispositivos legais em questão, é a relativização das regras sobre a inviolabilidade da intimidade, genericamente considerada e especificamente do domicílio, previstas constitucionalmente como direitos e garantias fundamentais - artigo 5º, incisos X e XI, da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Inciso X:

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Inciso XI:

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.

Com efeito, a ação de buscar elementos de prova e mesmo de prevenir a criminalidade e ou dar cumprimento a mandados de prisão expedidos pelo poder judiciário, é normalmente desenvolvida pelos organismos policiais; no primeiro caso – busca de elementos de prova – pela polícia judiciária, em atividade atinente à persecução penal, na sua fase pré-processual, estando para tanto, a autoridade de polícia judiciária autorizada legalmente a proceder à busca e apreensão de coisas relacionadas com fato criminoso e inclusive a condução coercitiva de pessoas que tenham relação com o fato criminoso, independentemente de autorização judicial ou da presença de autoridade judiciária, condições exigidas, alternativamente, somente para as hipóteses previstas no artigo 240 do C.P.P., ou seja, quando a busca tiver de ser realizada no domicílio de alguém, visando objetivos previstos no mesmo

artigo, parágrafo primeiro e alíneas de “a” a “h”, procedendo-se na sua realização, em conformidade com os vários dispositivos que integram o capítulo XI, do título VII, do Código de Processo Penal, em especial o artigo 245, parágrafos 1º ao 7º e 246 a 249.

A análise dos dispositivos legais mencionados, não deixa dúvidas quanto à oportunidade da realização da busca domiciliar, que poderá ocorrer em qualquer fase da persecução penal; contudo do ponto de vista prático, raríssimas serão as hipóteses de realização de busca durante o processo; fato este, de resto, confirmado na prática, com a realização de buscas e apreensões na fase pré-processual da persecução penal, integrando o conjunto de diligências do inquérito policial e por não poucas vezes o antecedendo.

A realização de busca domiciliar está condicionada à determinados objetivos, que precisam vir especificados no mandado de busca e apreensão, nos precisos termos do artigo 243, inciso II, fato que poderia levar a questionamentos sobre a licitude da apreensão de coisa diversa daquela procurada, mas afinal de interesse para a apuração do mesmo ou outro fato; porém no artigo 245, parágrafo 5º, o legislador relativiza a importância de tal definição, consignando que “se é determinada a pessoa ou coisa que se vai procurar, o morador será intimado a mostrá-la”, indicando a contrário senso, que a busca poderá objetivar a apreensão de pessoa ou coisa incerta. De qualquer forma, como a apreensão não está normalmente condicionada à autorização judicial, mas sim à busca, segue-se que o encontro de pessoas ou coisas diversas, de interesse processual penal deverão ensejar a apreensão.

2.2.2.6 Intercepção de comunicação telefônica e escuta ambiental

O sigilo das comunicações e de dados é direito assegurado ao indivíduo, inserido no rol dos direitos e garantias individuais, constantes do artigo 5º e incisos da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XII é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Pela simples leitura do dispositivo constitucional chega-se à conclusão que tal direito - garantia de sigilo nas comunicações e de dados - foi relativizado pelo próprio constituinte, que previu a possibilidade da quebra do sigilo, na forma estabelecida pela legislação infra-constitucional, condicionando a possibilidade da violação do sigilo à ordem judicial e a expedição desta, à necessidade da investigação criminal e da instrução penal.

Após quase uma década da promulgação da Constituição - 1988 - o legislador ordinário editou a lei nº 9.296 de 24 de julho de 1.996, regulamentando o inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal, abrindo discussão ainda hoje em pauta, sobre a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da lei em questão, que estende a possibilidade de quebra de sigilo do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, quando o dispositivo constitucional, em uma interpretação literal, limita a violação do sigilo, aos casos de comunicação telefônica; não faltando argumentos consistentes a uma e outra posição; fato que não nos interessa discutir no trabalho em questão.

O artigo primeiro - lei 9.296/96 - indica com maior precisão, o objetivo da interceptação, a produção de prova na investigação criminal e na instrução penal; não cabendo aqui, quaisquer questionamentos, sobre eventual limitação à quebra do sigilo, em fase do objetivo, posto que, a investigação criminal pode desenvolver-se legitimamente, a partir da suspeita que algum fato criminoso possa vir a ocorrer, visando portanto prevenir o seu acontecimento.

No artigo segundo, a lei em comentário, condiciona a interceptação de comunicações telefônicas à existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em

infração penal; a inexistência de outro meio de prova disponível; e ainda que o fato investigado caracterize crime apenado com reclusão.

As duas primeiras condicionantes, uma vez observadas, implicam em medidas de garantia do indivíduo, contra eventual abuso do poder estatal, registrando claramente, a excepcionalidade da interceptação, só admitida em último caso, quando não existir outro meio de se apurar o fato e for constatado ao menos indícios de autoria ou participação; medida providencial, que não se ajusta à última condicionante, que autoriza a interceptação para apuração de qualquer crime apenado com reclusão, o que por certo dilata exageradamente o âmbito de incidência da interceptação, possibilitando desequilíbrio entre os valores postos em questão, arrefecendo os efeitos da segunda condicionante, que tem por base a teoria da proporcionalidade, em um dos seus aspectos.

Nos artigos terceiro e sexto, o legislador estabelece regramento preciso sobre as atribuições para requerer a medida ao juiz, que poderá decretá-la de ofício; e para realizá-la, não deixando dúvidas, que tanto o Ministério Público, como a Autoridade Policial pode requerê-la, cabendo a esta última a realização da interceptação; os artigos que se seguem, atribuem definitivamente, à Autoridade Policial a responsabilidade pela realização da medida.

Toda a discussão que se estabelece na doutrina sobre o momento em que poderá ocorrer a interceptação telefônica – antes de instaurado inquérito policial ou depois da instauração – esclarece sobejamente, a prevalência da idéia que o momento oportuno para a realização da medida é o da fase pré-processual, confirmando-se na prática a realização da interceptação telefônica, antes mesmo da instauração de inquérito policial, muita das vezes, com o claro objetivo de prevenir ações criminosas, portanto, ostentando natureza de medida acautelatória; outras vezes, com o intuito de obtenção de subsídios para o aprofundamento das investigações sobre as atividades criminosas de determinado indivíduo ou grupo criminoso.

Inquestionavelmente, representa hoje a interceptação telefônica, o mais promissor meio de prova à disposição da autoridade de polícia judiciária, utilizada cada vez com mais frequência, estando praticamente disseminada a tal prática no meio policial; o que tem levado a expressivas vitórias da polícia contra o crime organizado e a criminalidade de um modo geral. É preciso contudo, corrigir eventuais abusos relacionados com a intimidade dos investigados, direito constitucionalmente garantido, cuja relativização há que ser plenamente justificada, com base no princípio da proporcionalidade.

Preocupante também, é a postura de órgãos do Ministério Público de São Paulo que insistem em contrariar expressa disposição legal - artigos 6º / 7º da lei 9.296/96:

Deferido o pedido, a Autoridade Policial conduzirá os procedimentos de interceptação dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização. Parágrafo 1º- no caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição. Parágrafo 2º- cumprida a diligência, a Autoridade Policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas. Parágrafo 3º- recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do artigo 8º, ciente o Ministério Público. Artigo 7º- para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a Autoridade Policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

Com efeito, desrespeitando o texto legal acima citado, utilizam perigosamente a escuta telefônica, e em vários casos, após obter a autorização judicial para a interceptação, em flagrante violação ao ordenamento jurídico-penal, transforma a Polícia Militar, órgão encarregado da prevenção, em polícia judiciária, encarregando-a, como se tivesse poderes para tanto; de conduzir a realização das interceptações telefônicas, contribuindo eficazmente, para a desorganização do sistema jurídico-processual penal; inviabilizando a observância, ainda que minimamente, das regras do Devido Processo Legal.

A constituição de provas através de atividade de escuta ambiental, pode confrontar, conforme o caso, o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo

1º, inciso III, da Constituição Federal. Uma vez configurada a ofensa à intimidade, teríamos num primeiro momento, a caracterização da prova assim constituída, como prova ilícita, por infração do direito à intimidade, decorrente do princípio da dignidade humana; expressamente garantido no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” Trata-se de direito individual fundamental, que compõe o conjunto de valores extratificados nos princípios fundamentais especiais que em razão da sua multiplicidade, pode gerar conflitos, como no caso em questão - violação da intimidade pela atividade probatória - aplicando-se aqui, aquilo que ficou registrado às folhas 88 / 89: a proporcionalidade como princípio, pressupõe a possibilidade de conflitos de valores constitucionalmente consagrados, em princípios caracterizados por determinado grau de generalidade e abstração tal, que os posicionam abaixo do princípio fundamental estruturante e do princípio fundamental geral, caracterizando-se como princípios fundamentais especiais, constituindo-se o princípio da proporcionalidade, neste contexto, como ordenador destes princípios fundamentais especiais; justamente àqueles consagradores de valores múltiplos; aspectos que são do princípio fundamental geral da dignidade da pessoa humana.

A multiplicidade de valores fundamentais explicitados pelas normas constitucionais, que tratam dos Direitos e Garantias Fundamentais, em especial no capítulo 1º, onde dispõe sobre os direitos e garantias individuais, traz logicamente a possibilidade de conflito, quando da implementação de tais valores na prática, exigindo-se a aplicação do princípio da igualdade em sua essência, consubstanciado pela idéia de que a isonomia propõe igualdade de tratamento ao que é igual e desigualdade proporcional, na exata medida em que ocorre a desigualdade.

Evidentemente, a questão só se coloca em termos práticos, em face de determinado caso concreto, pelo que, impõe-se a utilização de critérios prático-jurídicos, que

integram o princípio da proporcionalidade, conferindo-lhe operacionalidade prática, que consiste em adotar uma ação interpretativa, que num primeiro momento, busque verificar a correspondência entre o fim a ser atingido pela norma e o meio empregado para tal, implicando na avaliação de quais valores poderiam ser relativizados em face do valor a ser preservado por determinada ação, optando-se em um segundo momento pelo meio mais adequado para atingir o fim proposto pela norma e, finalmente, certificando-se que o meio tido como o mais adequado é também o mais eficaz.

Importante observar, que as razões que fundamentam a proibição, como regra de interceptação telefônica, são as mesmas que serão levadas em conta na análise da escuta ambiental. Com efeito, nas duas situações, o que está em jogo é o direito à intimidade, o qual, uma vez relativizado no caso da interceptação telefônica, o será também nas mesmas circunstâncias na hipótese de escuta ambiental; avaliando-se em cada caso concreto, se na atividade probatória - de escuta ambiental - ocorreu ofensa ao direito à intimidade e a partir daí se estão presentes os requisitos que autorizam a escuta ambiental, que coincidem com aqueles legalmente previstos para a interceptação ou escuta telefônica, já referenciados às folhas 127 / 128.

2.3 Da Produção e Valoração da Prova

A prova da existência de um fato, como ele ocorreu ou foi constituído e quem lhe deu causa, representa a razão de ser do processo, cujo regramento deve, essencialmente, estabelecer: o que provar, ou o objeto de prova; como provar, compreendendo-se aí, a indicação ainda que por exclusão, dos meios de provas admitidas e a forma pela qual procede-se em relação à produção e valoração da prova, conferindo racionalidade, sobretudo à valoração, sob pena de retornarmos aos descaminhos do sistema de

provas das ordálias ou juízos de Deus; seguindo-se a regra imposta pela razão, que o juiz julga, com base nas provas produzidas no processo.

As dificuldades enfrentadas para a realização da justiça, na forma proposta, entre outros, por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araújo Cintra (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1998) quando cuidam do estudo da jurisdição, estão relacionadas com a reconstituição no processo, do fato de interesse jurídico, o mais próximo possível da realidade, acrescentando-se ainda, a segura indicação de quem foi seu causador:

E hoje, prevalecendo as idéias do Estado social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem-comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça (p. 25).

Na impossibilidade de coincidência exata entre o fato provado e o fato da vida real; assim também em relação à questões subjetivas relacionadas com a autoria; segue-se que a justiça da decisão, jamais será absoluta, podendo aproximar-se mais ou menos deste ideal, na medida em que, através da atividade probatória, conseguirmos aproximar mais ou menos, o fato provado do fato real, posto que, é a partir do fato provado no processo e não necessariamente com base no que realmente aconteceu, que se busca o instrumental jurídico para solução do conflito; a propósito, lição de Espínola Filho (1980, p. 444): “o grande princípio, que constitui a máxima garantia para todos, para a independência do juiz, como, eventualmente, para a inocência dos acusados, é sempre o de que o magistrado deve julgar *juxta acta et probata*”.

Historicamente, nos debatemos na busca de meios de prova capazes de realizar a justiça na sua inteireza; superamos a irracionalidade, nas respostas para tal questão;

a fase das ordálias ou juízos de Deus, quando a busca da verdade esteve centrada na obtenção da confissão do fato criminoso a qualquer custo, e mesmo a fase mais recente, quando aceitava-se a extorsão de confissão na atividade de Polícia Judiciária, visando a produção de provas, neste contexto caracterizadas como provas ilícitas por derivação; ficaram felizmente para trás, muito embora em alguns aspectos ainda nos aproximamos muito da irracionalidade, no trato de tão importante questão.

2.3.1 Da pré-constituição da prova na primeira fase da persecução criminal

As atividades de polícia judiciária têm por objetivo, no contexto da persecução criminal, a apuração das infrações penais e respectivas autorias; nos precisos termos do artigo quarto do código de processo penal “a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

No artigo sexto do Código de Processo Penal, o legislador exemplifica as formas ou maneiras pelas quais a autoridade de polícia judiciária buscará cumprir sua missão de apurar o fato criminoso e respectiva autoria, bem como a sua individualização sob o aspecto psicológico, social e sócio-familiar em particular:

Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I- dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; II- apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; III- colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV- ouvir o ofendido; V- ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI- proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII- determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII- ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX- averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e

quaisquer outros elementos que contribuïrem para a apreciaçãõ do seu temperamento e carãter.

O roteiro a ser seguido pela autoridade de polícia judiciãria, traçado pelo artigo em questãõ, nãõ deixa nenhuma dũvida quanto aos objetivos pensados e propostos pelo nosso sistema jurĩdico, que jã a partir da constituiçãõ federal, define as atribuições de apuraçãõ das infrações e de polícia judiciãria, conferindo tais atribuições às polĩcias federal e civis, conforme especifica o seu artigo 144, parãgrafos 1º e 4º. Toda esta atividade; de polícia judiciãria, visando à apuraçãõ do fato e sua autoria; clara e expressamente regulamentada, desde a constituiçãõ federal resulta, em termos prãtico-jurĩdico, na instruçãõ ou prẽ-instruçãõ do processo, ou ainda na instruçãõ provisõria do processo. Negar o fato que, as atividades de polícia judiciãria sãõ instrutõrios do processo, sõ faz sentido do ponto de vista, distorcido, do corporativismo prejudicial à naçãõ ou prẽ-conceito institucional.

O momento oportuno e em nãõ raras situações, o ùnico para a constituiçãõ da prova no processo penal, faz incontestavelmente do inquẽrito policial o instrumento perfeito a tal desiderato, o que consolida a idẽia esposada pelo nosso sistema jurĩdico, do inquẽrito policial como instrumento jurĩdico garantista, na medida em que colige dados que levam à certeza da existẽncia do fato e no mĩnimo, de indĩcios de autoria, evitando acusações infundadas a afetar o *estatus dignitatis* do cidadãõ; mas nãõ é sõ; confere-lhe tambẽm e principalmente a condiçãõ de meio de instruçãõ do processo, ainda que provisõrio, no sentido que, o conjunto de provas nele constituĩdo, deve necessariamente ser submetido ao contraditõrio, pela passagem a seguir citada na exposiçãõ de motivos do Cõdigo de Processo Penal, é possĩvel verificar claramente a idẽia do inquẽrito policial como meio de instruçãõ do processo:

Hã em favor do inquẽrito policial como instruçãõ provisõria antecedendo à propositura da açãõ penal, um argumento dificilmente contestãvel: é ele uma garantia contra apressados e errõneos juĩzos, formados quando ainda persiste a trepidaçãõ moral causada pelo crime ou antes que seja possĩvel uma exata visãõ de conjunto dos fatos, nas suas circunstãncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz

e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e *serena*.

Não procede portanto, as afirmações que o inquérito policial é mera peça informativa, simplesmente base para a denúncia ou queixa; na verdade, trata-se, as atividades de polícia judiciária, de uma das fases instrutórias ou de instrução do processo, não fosse assim, não haveria a necessidade de questionar-se a sua substituição pelo juizado de instrução.

A oportunidade para a constituição de provas, até mesmo no caso de prova testemunhal, pode ser única, conforme já se disse anteriormente, o que obriga, por exemplo, a medidas de pré-constituição de prova testemunhal, nos termos do artigo 225 do C.P.P.: “se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”. Tal medida se justifica, a partir das mesmas bases, que se justifica a pré-constituição de outras provas, quando for logicamente impossível ou extremamente difícil constituí-la, ou produzi-la em outro momento, quando já em andamento o processo, jurisdicionalizando-se a sua constituição quando for possível e oportunizando-se o debate a posteriori, quando não for logicamente possível, em razão da finalidade da atividade jurisdicional, o processamento da atividade de constituição da prova perante o juízo; fato de resto, perfeitamente aceito no processo civil, pela atividade preventiva de constituição de prova, cada vez mais presente no processo, onde são apresentadas ao julgador.

2.3.1.1 Investigação criminal; aspectos históricos; origem do inquérito policial

A ordenação dos atos de investigação sobre um fato de interesse jurídico penal foi, pela primeira vez, delineada na lei número 261 de 03 de dezembro de 1.841, que em seu artigo 9º, cuidava das atribuições dos chefes de polícia e Delegados de polícia e o fez, nos seguintes termos:

[...] remeter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houveram obtido sobre um delito, com uma exposição do caso e das circunstâncias, aos juizes competentes, a fim de formarem a culpa.

Por certo, o julgamento sobre a conveniência na remessa do expediente contendo o sumário de culpa, não expressava a idéia de protelamento por tempo indefinido, e a critério dos chefes de polícia e delegados de polícia, tal providência, guardava relação, isto sim, com a discricionariedade atribuída a tais agentes públicos para exame e análise dos dados coletados, tendo em vista o oferecimento de condições para o início da formação da culpa, que mais tarde viria a traduzir-se por, prova da materialidade delitativa e indícios suficientes de autoria.

A imprecisão sobre a consistência que os dados coletados deveriam apresentar, para ganharem a condição de dar início, sustentar a iniciação da formação da culpa, levou à necessidade de uma conceituação legal da ordenação dos atos de investigação, o que ocorreu cerca de três décadas após a edição da lei supra mencionada com a entrada em vigor da lei número 2.033 de 1.871 regulamentada pelo Decreto número 4.824 do mesmo ano, que em seu artigo 42 dispunha:

O inquérito Policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices; deve ser reduzida a escrito.

Surgia o inquérito policial, definido como o instrumento formal, que reúne os atos de investigação sobre fato penalmente interessante. Entre outros objetivos, buscou o dispositivo legal em questão, solucionar o problema da demora na remessa do conjunto de dados coletados, ao juízo.

Como se vê, a questão do prazo para a conclusão das investigações, está na origem do inquérito policial, fugindo desde então, a um controle objetivo. O registro por escrito das diligências realizadas, possibilitava um controle mais efetivo sobre a apuração dos fatos criminosos e sua autoria, evidenciando com mais clareza, o momento de encaminhá-lo a juízo, ou seja, após os registros sobre o fato criminoso, sua materialidade, como ele aconteceu e quem o praticou ou dele participou. Desenhava-se o procedimento bifásico da persecução penal, ganhando o inquérito policial, a partir de então a condição de base para a acusação.

2.3.1.1.1 O inquérito policial no contexto atual

Apresentando-se basicamente com a mesma estrutura desde a sua definição legal em 1871, o inquérito policial vem acomodando nas últimas décadas sofisticadas técnicas de investigação, prestando-se a instrumento adequado para a apuração do fato penalmente interessante e respectiva autoria; atestando-se a excelência instrumental do instituto, pela sua adoção pelas comissões parlamentares de inquérito e pelo Ministério Público na apuração de ilícito civil, afeto às suas atribuições.

O inquérito policial caracteriza-se pela sua forma instrumental escrito, possibilitando o registro perene dos elementos de provas colhidos na investigação criminal, devendo ser recebido com restrições as colocações da doutrina atribuindo-lhe a característica formal, uma vez que, ao contrário dos procedimentos processuais não guarda

necessariamente, uma coordenação de atos, estes em si mesmo formais, preclusivos, via de regra e conseqüentes quando se trata de processo.

A sistematização obedece a uma lógica própria, ligada a sua finalidade precípua de reconstituição do fato e indicação de autoria; de maneira que a prova – considerando-se aqui o sentido amplo do termo – prende-se à necessidade do estabelecimento de bases para a aplicação dos métodos indutivo-dedutivo, partindo de fatos conhecidos e provados para a comprovação de fatos desconhecidos, o que não permite a obediência a uma seqüência lógica de seu desenvolvimento, que obedece às variações impostas pela atividade de investigação.

Ocorrido um fato penalmente interessante, move-se o Estado por suas unidades especializadas ou atribuição territorial, no sentido de reconstituir tal fato, o mais próximo possível da realidade bem como indicar o seu autor; devendo tais atividades ser registradas no inquérito policial. A investigação criminal, portanto, representa a atividade desenvolvida na busca dos resultados acima referenciados, enquanto o inquérito policial nada mais é que a formalização de tal atividade imposta com as finalidades precípua de fornecer condições objetivas para o exercício do contraditório diferido, bem como para o controle interno e externo das atividades investigativas, de polícia judiciária, caracterizando-se, portanto, o inquérito policial, pelo caráter oficial, pela indisponibilidade e inquisitorialidade.

Sob outro aspecto, da sua relação com o processo e parte integrante da *persecutio criminis*⁴³, apresenta-se o inquérito policial como base para acusação em juízo, ganhando a condição de instrumento garantista dos direitos individuais relacionados com o patrimônio moral do indivíduo, na medida em que inviabiliza a apresentação de denúncia infundada, inconsistente, a macular a honra daquele injustamente acusado da prática de crime, fato que por si só expõe o indivíduo negativamente perante a sociedade.

⁴³ Persecução Criminal

A função de apenas servir de base para a acusação de a muito foi superada pelo inquérito policial. Principalmente depois da promulgação da Constituição de 1988, com o aprofundamento das regras de implementação do Estado democrático, evidenciou-se a realidade subjacente à forma que produzia a falsa aparência de um sistema jurídico processual de modelo acusatório, infringindo-se no desenvolvimento da persecução penal vários princípios constitucionais, entre eles o da ampla defesa e do contraditório.

Com efeito, a condenação do acusado com base em elementos de provas constantes unicamente do inquérito policial, hoje contestada, era até pouco tempo tranqüilamente aceita.

Levando-se em consideração que as provas definitivas produzidas no inquérito policial, via de regra, dizem respeito diretamente à materialidade e autoria, ganhando em juízo a condição de verdades absolutas, não há como negar a infringência às regras do *due process of law*, posto que, o denominado contraditório diferido, não tem o alcance prático-jurídico, que se lhe pretende dar, de garantir a participação da defesa na produção das provas; não na atual conjuntura em que se desenvolve as atividades de investigação criminal e a forma pela qual são registradas; pleiteando-se que o inquérito policial busque reproduzir documentalmente a situação fática, por todos os meios técnico-científico disponíveis, o que já ocorre hoje em situações excepcionais.

As atividades concernentes a investigação criminal caracterizam-se pelo imponderável, fator que, juntamente com a extrema dinamicidade, compõem o quadro de dificuldades na sua formalização.

Às vezes, a velocidade das ações investigativas é tal que inviabiliza a formalização de qualquer ato que a compõe; de maneira que por vezes o inquérito policial é instaurado, quando o suspeito já se encontra preso temporariamente. Outras vezes, por mais que se busque deduzir ou induzir, a partir de fatos já conhecidos, não se consegue avançar na

reconstituição do fato criminoso e a autoria permanece desconhecida aparentando remota, a possibilidade de se chegar a bom termo; ignorando a realidade, qualquer definição de prazo para a conclusão das investigações, uma vez que, de repente, aquilo que parecia indecifrável resta enfim, plenamente esclarecido, em razão do acontecimento de fato futuro inserido no contexto da interação de ações criminosas.

Ao aprofundar tais dificuldades, surgem ainda as questões de ordem político-administrativas, sobrepondo-se em algumas situações à estrutura do poder do crime organizado.

Tendo em vista o que ficou acima exposto, tem-se que eventual demora na conclusão das investigações criminais não está relacionada com o inquérito policial em si, posto que apresenta uma estrutura apta a gerar excelentes resultados, em se aperfeiçoando a estrutura de prestação de serviço da polícia judiciária, hoje plenamente reintegrada no processo de redemocratização do país, incluindo-se neste contexto, reformulações de cunho administrativo, visando garantir unidade de ação e logicidade nos procedimentos de investigação policial.

2.3.1.1.2 Investigação Criminal; Importância dos Meios de Prova

A importância dos meios de prova em face do conjunto probatório avulta substancialmente e torna-se incontestável quando se põe os olhos na realidade; basta para tanto lembrar-se dos exames periciais, auto de reconhecimento visuográfica, reconstituição simulada de crime, reconhecimento de pessoas e coisas, auto de busca e apreensão, interceptação de comunicações, gravação de imagens em fotografia e vídeo, registro de informações sobre a vida pregressa, etc.

O conteúdo da persecução penal diz respeito às atividades tendentes à reconstituição do fato de interesse penal e autoria. Questão de prova, portanto; do fato da vida real, recortado pelo tipo penal e da autoria. Considera-se, portanto, que a análise jurídico - científica do processo e do processo penal em particular, deve ter por base a atividade probatória, que no processo penal, principia com a fase pré-processual, com a busca daquilo que se convencionou denominar de meios de prova, colocação que não contradita as definições doutrinárias de prova comumente aceitas e que parte da premissa que se dirija ao convencimento do juiz, produzida, por consequência, perante ele, dentro do processo e em acordo com as regras do Devido Processo Legal.

A realidade dos meios de prova produzidos no inquérito policial contrasta com a formalidade, ou importância apenas formal da produção de prova em juízo. Basta uma leitura não tão atenta dos artigos que regulam as atividades de polícia judiciária, em especial o artigo 6º incisos I a IX e 7º do C.P.P. para chegar-se à conclusão que a efetividade das ações ali previstas tem importância vital na reconstituição do fato e comprovação de autoria, influenciando decisivamente na própria atividade processual.

Temos assim na realidade, dois sistemas, um de fato e outro de direito e ainda assim, quer em face de um ou de outro, os meios de prova levantados pela investigação criminal, definem a qualidade da prova produzida no processo.

Tal condição de essencialidade dos meios de prova na efetivação do sistema jurídico-penal, sua realidade palpável, levou a moderna doutrina processual ao reexame das questões relacionadas com a investigação criminal, consubstanciadas no inquérito policial.

2.3.1.1.3 Aspectos das garantias do devido processo legal, na fase pré- processual

A produção da essência da prova na fase pré-processual, reconhecidamente, provoca desequilíbrio entre as partes no processo. Scarance Fernandes noticia uma tendência mundial em ampliar a participação da defesa na investigação criminal e defende a possibilidade jurídica de reação defensiva, ainda no inquérito policial, por ocasião do indiciamento.

Para ele, a imputação da prática de fato criminoso ao indivíduo não ocorre somente por ocasião da denúncia. O termo imputação em seu sentido amplo alcança o ato de indiciamento, propiciando dentro do direito de defesa a reação defensiva; pelo que tal ato deve vir fundamentado e dele ser dado ciência ao imputado, bem como oportunidade para que se manifeste sobre a imputação que lhe é feita, posto que, não há como reagir sem o conhecimento da ação, devendo ação e reação posicionar-se no mesmo patamar.

Ressalvando a preservação das ações, cujo conhecimento pelo imputado possa acarretar a inviabilidade dos próprios fins da investigação, propõe o mesmo autor, a cientificação do imputado sobre as ações daquele que faz a imputação; bem como o contraditório em alguns momentos jurisdicionalizados, como a produção de provas definitivas ou adoção de medidas constritivas, reais ou pessoais; devendo ser suprida a ausência de contraditório, por medidas legislativas, que impeçam a decisão com base nos dados do inquérito, excetuando-se as provas antecipadas e irrepetíveis.

2.3.1.1.4 Avaliação da prova para fins de prisão em flagrante

Reconhecendo o direito de liberdade como regra, a Constituição, no artigo 5º, LXI define as únicas exceções, ou seja, a possibilidade de prisão em flagrante delito, ou

por ordem de autoridade judiciária competente; e uma vez preso o indivíduo, nas situações previstas, obriga a comunicação ao juízo e à família do indivíduo, sobre a prisão e o local onde se encontra preso; proibindo-se sua incomunicabilidade, antes devendo ser-lhe providenciado assistência de advogado e familiar, assegurando-se-lhe, entre outros os direitos de permanecer calado e de ser identificados os responsáveis por sua prisão, contando com a garantia, no caso de prisão decorrente de sentença condenatória, de individualização da pena, consistente na adequação da pena às condições pessoais do apenado. Se ilegal, a prisão deverá ser imediatamente relaxada, não podendo o réu ser condenado às penas de morte, perpétua, trabalhos forçados, banimento e cruéis, uma vez que tais espécies de pena, foram abolidas do nosso sistema; e reforçando a idéia da liberdade como regra, prevê o constituinte no artigo 5º, LXVI, o direito à liberdade com ou sem fiança, em situações previstas por lei.

Apesar de um tal sistema, da liberdade como regra, é possível detectar a ação deletéria do positivismo, no ordenamento infra-constitucional, conforme se verifica nos casos de prisão em flagrante e excludentes de criminalidade. O direito de liberdade caracterizando-se como bem inalienável do ser humano, só excepcionalmente e estritamente nas hipóteses e pelas forma prevista em lei poder ser afastado.

Em nosso sistema jurídico, tal é a importância do direito de liberdade, que foi erigido à cláusula pétrea inserida na Constituição Federal. Com efeito, reafirmando o direito de liberdade, inicia-se a disposição contida no inciso LXI, do artigo 5º da Constituição Federal: “Ninguém será preso”. e prossegue, excepcionando, “senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei.”

Prevê, portanto, a lei maior, que alguém só poderá ser preso mediante mandado de prisão, expedido por autoridade judiciária competente, ou quando surpreendido, em flagrante delito. A primeira hipótese não oferece dificuldade, o mesmo não ocorrendo com

a segunda, até mesmo por não decorrer, a prisão em flagrante, de processo onde estabeleceu-se necessariamente o contraditório, como é o caso da prisão por mandado; ensejando apreciação subjetiva e circunstancial do fato por parte da autoridade presidente do auto, delegado de polícia ou juiz de direito, apesar do regramento legal, previsto no Código de Processo Penal, artigos 301 a 310.

Analisando as regras contidas no Código de Processo Penal a respeito da prisão em flagrante, verifica-se o empenho do legislador como não poderia deixar de ser, face à relevância do bem em jogo, ou seja o direito de liberdade; em descrever objetivamente as situações de flagrância, caracterizando as espécies doutrinárias de flagrante quais sejam, flagrante próprio, impróprio e presumido. Estabelece ainda o legislador processual penal, as atribuições para prender e lavrar o respectivo auto de prisão em flagrante; a seqüência de atos a serem praticados, bem como sobre as garantias que cercam o preso e, finalmente, sobre a possibilidade de decretação de liberdade provisória sem fiança, em duas hipóteses, ou seja, quando o agente agiu em estado de necessidade, legítima defesa ou em estrito cumprimento do dever legal, ou no exercício regular de direito - artigo 23, incisos I, II e III do C.P. -; ou quando não ocorrer no caso, circunstância que autorizaria a decretação da prisão preventiva - artigo 310 e parágrafo único do C.P.P.

E é justamente a regra contida no *caput* do artigo 310 do Código de Processo Penal, que leva à necessidade de estudos jurídico-científicos, visando à harmonização de tal norma, com aquelas próprias do Direito Penal que tratam do crime, especificamente, quando dispõem sobre a sua caracterização, cuidando o artigo 23 e incisos do Código Penal em estabelecer expressamente que não há crime, quando o fato embora típico, não se integre da antijuridicidade.

De notar-se que tal assertiva é unanimidade na doutrina, não existindo qualquer dúvida na Doutrina e na Jurisprudência sobre o fato de que a tipicidade é fator

indiciário da antijuridicidade, que pode não estar presente no fato típico, por ocorrência de uma das excludentes de crime; assim, o fato típico, será também antijurídico, perfazendo a unidade, ou seja, o crime, desde que não ocorra uma das causas de exclusão de antijuridicidade.

Definindo o crime, como um fato típico e antijurídico, segue-se que excluída a antijuridicidade, um dos seus elementos, não há crime, como de resto deixa bem claro a disposição do artigo 23 do Código Penal, fato este que contrasta com a norma prevista no artigo 310 *caput* do Código de Processo Penal, que estabelece que será concedida liberdade provisória ao autuado, caso fique comprovado no auto de prisão em flagrante, a ocorrência de uma das causas de exclusão de antijuridicidade, exatamente as mesmas que descaracterizam o fato típico como crime. Ora, se o agente não comete crime quando age em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, logicamente não deveria ser mantido preso, pela simples razão de que não cometeu crime, caracterizando-se sua prisão como arbitrária e ilegal, passível de ser contestada via *Habeas Corpus*, sendo assim descipienda a medida prevista no *caput* do artigo 310 do Código de Processo Penal, que prevê a possibilidade da prisão do agente de fato típico, mas não antijurídico, o que está em franca contradição com a lógica jurídico -penal.

2.3.1.1.5 A proposta de reforma do código de processo penal

Com relação à fase pré-processual, objeto do nosso estudo, o anteprojeto de lei que busca alterar o Código de Processo Penal propõe várias modificações no atual título II do C.P.P., iniciando pela modificação da terminologia utilizada para designar o título que passaria de do inquérito policial para da investigação criminal.

Seguiu o anteprojeto, a linha de pensamento que atribui ao inquérito policial a condição de vilão, atribuindo-lhe a responsabilidade pela morosidade da justiça penal e conseqüente impunidade, em função do excesso de burocratização do inquérito; esquecendo-se, que as atividades de polícia judiciária não têm por finalidade a produção de provas para a condenação. Busca tal atividade reconstituir o fato e indicar a autoria e para tanto segue pelo processo lógico de induzir e deduzir a partir de fatos conhecidos, desenvolvendo sua atividade, ausente o contraditório. Comprovada a materialidade e havendo indícios suficientes de autoria, cabe ao ministério publico denunciar, produzindo-se em juízo a prova necessária para o embasamento da sentença condenatória.

O que se vê, no entanto, é a devolução do inquérito à autoridade policial para novas diligências, via de regra não especificadas, apesar da comprovação da materialidade e existência de indícios de autoria. Pretende-se que, já no início da persecução penal; se produza provas para sentenciar, sem passar, essencialmente, pelo crivo do contraditório.

Todas as propostas de alteração como de resto deixam clara a exposição de motivos, seguem nesta direção; assim é que se atribui ao Ministério Público, a função de supervisionar as atividades de polícia judiciária, devendo os registros das ocorrências permanecer à sua disposição.

O prazo para a conclusão das investigações é limitado a vinte dias a partir da instauração e a remessa se fará ao Ministério Público, com indicação, se for o caso, de outras diligências em curso ou entendidas necessárias, prosseguindo a autoridade policial nas investigações, cujo resultado deverá ser oportunamente remetido ao Ministério Público. Essencialmente a alteração do prazo resultou em quase nada, posto que se mudou apenas o local onde o auto inconcluso aguardará a ocorrência do imponderável para sua conclusão.

Ponto do projeto a ser reverenciado, refere-se à informalidade absoluta, na produção dos meios de prova, o que está em acordo com a dinamicidade e a questão de lidar-se na investigação criminal com o imponderável, o que inviabiliza a especificação de regras procedimentais no desenvolvimento de tal atividade. Outro ponto importante do projeto diz respeito à fundamentação dos atos praticados pela autoridade policial, em particular da decisão pelo indiciamento, este, já objeto da portaria 18, da Delegacia Geral de Polícia do Estado de São Paulo.

O inquérito policial desde o seu surgimento apresenta estrutura adequada ao desenvolvimento da atividade de investigação criminal. As alterações procedimentais que sofreu ao longo do tempo visaram o seu aperfeiçoamento, buscando possibilitar o maior controle interno e externo das atividades de polícia judiciária, experimentando durante décadas novas metodologias de investigação, comportando e adaptando-se a modernas técnicas utilizadas para a apuração do fato criminoso e de sua autoria, dispensando apesar disso, alterações estruturais.

A defesa da permanência do inquérito policial no sistema processual penal brasileiro constante da exposição de motivos do Código de Processo Penal, fala por si só da sua importância para o processo, o que não deixa de levar o operador do direito a algumas preocupações e perplexidades, principalmente em face da relevância, recentemente notada, dos meios de prova no contexto do conjunto probatório produzido no processo.

A essencialidade dos meios de prova influenciando decisivamente na qualidade da prova produzida em juízo; a impossibilidade de repetição de provas que ganham no processo a condição de verdades absolutas, como por exemplo, exames periciais, todos eles, meios de prova, produzidos no inquérito, sem submeter-se a sua produção ao contraditório, trouxe desconforto aos operadores do direito em admitir-se a adoção do sistema acusatório pelo nosso direito processual e o cumprimento das regras próprias do Devido Processo Legal.

Reflete-se tal preocupação na busca de soluções para as questões prático-jurídicas que se apresentam. Scarance Fernandes propõe, em linhas gerais, que se adote a expressão imputado e imputação, para, inteligentemente, estabelecer a necessidade de uma reação defensiva à imputação que se estenderia à fase pré-processual, em acordo com a tendência mundial na ampliação da participação da defesa no inquérito, antecipando em algumas ocasiões atividades próprias do processo, denominando-as de jurisdicionalização, o que possibilitaria a observância de uma espécie de contraditório incidental, o que nem sempre é permitido pela realidade própria das atividades investigatórias.

A proposta que talvez pudesse superar os pontos críticos, seria de se providenciar por todos os meios técnico-científicos disponíveis, a perenização dos dados que serviram de base para a produção do meio de prova; tratando-se de local de crime seria realizado o registro de tal forma que pudesse viabilizar-se a reconhecimento do fato criminoso, o que já é realizado em algumas situações de crime de homicídio, pelo Departamento de Homicídio e Proteção à Pessoa, através do novo método de investigação denominado auto de reconhecimento visuográfica inserido na obra **Crimes contra a vida**, de autoria de Marco Antônio Desgualdo (1999).

Tais providências possibilitariam a confrontação da prova ou do meio de prova constante do processo, de forma a desqualificá-los ou ratificá-los pelo raciocínio lógico desenvolvido a partir dos elementos perenizados e que serviram de base para a sua produção.

2.3.2 Da produção e valoração da prova em face do devido processo legal

A questão da produção de provas está diretamente relacionada com a instrução do processo, bem como a vinculação do juiz, na apreciação da prova, àquelas produzidas perante ele, no processo, com o fim de propiciar o debate, em igualdade de

condições entre as partes, materializando o contraditório e a ampla defesa, e ainda o princípio do livre convencimento, pelo qual o julgador deve convencer-se pela prova dos autos; impondo-se o respeito ao princípio norteador do processo, o Devido Processo Legal, implicando no seu desenvolvimento sob a direção do órgão jurisdicional, pautado na legislação em vigor.

Tais fatos levam a várias assertivas, logicamente deles decorrentes do tipo: o que não está nos autos, não está no mundo; significando entre outras coisas, que ao juiz é vedado decidir com base em conhecimento pessoal, o que levou Espínola Filho (1980) a protestar:

O juiz deve ser um gentleman, que procede com dignidade e reserva; não deve escutar às paredes, nem ser um detetive, que surpreende os segredos; não deve deixar-se determinar por meio de cartas anônimas, nem dar ouvidos, nos clubes e restaurantes, a todos os boatos populares; deve dirigir o processo com aquela reserva, própria do seu cargo, e que não pode abandonar um juiz imparcial. Deve tomar em consideração aquilo de que, no seu círculo, tem ciência, com segurança, porque pertence ao notório... Deve-se ainda dizer: o notório não fica dependente duma afirmação das partes, admite-o o juiz, porque é um homem dotado de razão e tem de julgar racionalmente... Naturalmente, a noção é relativa... E, se ele, porventura, passa todos os dias, no seu caminho para o tribunal, por uma casa, que se acha demolida até à base e se vai reconstruindo, seria extravagante tivesse de acreditar na afirmação das partes, de que, nesse edifício, moravam, dia e noite, dez famílias; um juiz não tem que acreditar na existência de trogloditas (p. 443-/4).

A produção de prova então, far-se-ia no processo, perante o juiz, o que leva a questionamentos sobre prova produzida pelas partes ou pré-constituídas por elas, e ou pela atuação da autoridade de polícia judiciária, antes mesmo da instauração do inquérito policial, inclusive por determinação expressa da lei, nas hipóteses previstas nos artigos 6º, incisos I a VII e 301 e seguintes do Código de Processo Penal; afora aquelas produzidas no inquérito policial, através dos meios de provas previstos nos artigos 158 a 250 do C.P.P., e na lei 9.296/96, que regulamentou a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, de dados e telegráficas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, prevista no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal.

Neste contexto, seriam a apreensão da arma do crime de homicídio pela polícia judiciária e o laudo de exame de balística, atestando que o projétil que feriu e matou a vítima, proveio da arma apreendida, questionadas com relação a sua regulamentar constituição ou produção, uma vez que o foram pela autoridade de polícia judiciária; perante a autoridade policial e não do juiz; na fase pré-processual, fora portanto do processo.

O exemplo citado diz respeito a exames periciais, mas poderíamos fazer referência a qualquer outro meio de prova e o resultado seria o mesmo, principalmente em relação aquelas provas, cuja produção ou constituição dependem de oportunidade única, ou conveniência do momento e aquelas outras, cuja ciência a qualquer das partes, portanto qualquer comunicação no processo, as inviabilizariam, como a escuta telefônica, por exemplo.

Desconsiderar que os meios de prova operacionalizados pela polícia judiciária podem produzir ou constituir provas, traduz-se em uma brutal distorção da realidade, impossível de ser aceita. Conforme já antes referenciado, a prova do fato criminoso constitui-se necessariamente antes do oferecimento da denúncia, na fase pré-processual, perante a autoridade de polícia judiciária. E não se presta tal prova, apenas e simplesmente ao embasamento da denúncia; a materialidade delitiva e amiúde a autoria de crime, estabelecida no inquérito policial, constitui-se em prova definitiva para embasamento da sentença, legitimamente, uma vez que podemos compreender como produção de prova em juízo a apresentação do fato constitutivo da prova no processo, viabilizando o contraditório.

Em razão dessas considerações, temos que, o momento da constituição da prova no processo penal é também aquele da fase pré-processual, ordenada dentro do inquérito policial, que recepciona, inclusive, as provas constituídas antes da sua instauração; colocando-se assim o inquérito policial como instrumento de pré-instrução do processo, razão porque, a moderna doutrina processual penal insiste na jurisdicionalização de várias medidas de polícia judiciária, conforme já antes referenciado. Adequado seria portanto, adotarmos a

posição que para o legislador a produção de prova compreende também a apresentação da prova pré-constituída, no processo, possibilitando o contraditório, ainda que diferido.

Não tem sentido lógico, pensar a constituição da prova, exclusivamente na fase processual, ou segunda fase da persecução criminal; basta uma simples leitura dos vários procedimentos adotados no processamento dos variados conjuntos de infrações penais – crimes da competência do júri; crimes da competência do juiz singular; crimes de falência; crimes de responsabilidade dos funcionários públicos; crimes calúnia e injúria; crimes contra a propriedade imaterial; crimes previstos pela legislação sobre tóxicos – para chegar-se logicamente à conclusão sobre a inviabilidade absoluta ou extrema dificuldade de natureza material, da constituição de importantes provas no processo principalmente daquelas relacionadas com a materialidade delitiva, como por exemplo, o laudo de exame de corpo de delito.

Produzidas as provas em acordo com o ordenamento jurídico, via de regra encerra-se a fase de instrução do processo. As bases para as manifestações das partes e em especial do juiz, principalmente sobre o fato de interesse jurídico-penal e sua autoria, estão postas; contando o juiz com a produção de fatos processuais que levam – ainda que potencialmente – logicamente a conclusões sobre a veracidade ou não de fatos e ou afirmações que compõem o *thema probandum*⁴⁴.

Até a conclusão da produção da prova, os atores que se movimentam notoriamente, desde o início da persecução penal são as partes, em um momento mais próximo e a autoridade de polícia judiciária, mais remotamente. Após é o juiz, que atuando intelectualmente sobre a prova legalmente produzida; sobre a qual já incidiu a avaliação precária das partes; estabelece as verdades sobre as quais assentará sua decisão, avaliando definitivamente cada uma das provas produzidas e afinal, uma em face da outra, analisando o

⁴⁴ Tema Probatório

conjunto probatório composto por elas, a prova dos autos; atribuindo conseqüência lógica à avaliação das provas e afinal do conjunto probatório.

Compreende-se, nessa seqüência de idéias, a necessidade da adoção de critérios pelos quais o juiz ordenará seus pensamentos, na tarefa de avaliar a prova. Em um primeiro momento e em consonância com o sistema das ordálias ou juízos de Deus, estabeleceu-se o critério positivo ou legal, pelo qual, a avaliação das provas vincula-se a regras pré-estabelecidas, de tal sorte que, ao juiz competia, no mais das vezes proclamar o resultado obtido a partir da observância do que determinava a lei, que dispunha sobre a apreciação da prova, a partir de critérios objetivos, estabelecendo dogmas como: *testis unus, testis nullus*⁴⁵, retirando qualquer racionalidade à tarefa de avaliar a prova.

Contraopondo-se ao sistema das provas legais, que limitava ao extremo a ação avaliativa do juiz, surge no direito romano, o sistema da livre convicção ou da íntima convicção, que conferia-lhe total liberdade na apreciação das provas, chegando-se ao ponto de permitir-se ao juiz, com base em um tal sistema, eximir-se da obrigação de decidir, ante a não formação da sua consciência sobre a causa; estando o juiz absolutamente livre para apreciar a prova:

Porque julgavam secundum conscientiam, lhes era permitido mesmo fugir à obrigação de decidir, uma vez que a não tivessem formado, jurando sibi non liquere. Assim é, como já se viu no capítulo anterior, e contam Chiovenda e Fraga, que Auto Gélio, encontrando-se perplexo diante das provas produzidas em processo em que contendiam um cidadão de virtudes irreprocháveis e outro de moral duvidosa, apesar do conselho do sofista grego, para que desse preferência ao litigante mais honesto, usou da faculdade que lhe era concedida e não se considerou habilitado a julgar, jurando sibi non liquere. “Esta faculdade – escreve Chiovenda – é a suprema expressão da liberdade e incoercibilidade do juiz (SANTOS, 1950, p. 356).

Resultante da evolução do sistema da íntima convicção, firma-se com os códigos napoleônicos, o sistema da persuasão racional, pelo qual eliminou-se a arbitrariedade facultada ao juiz no sistema da íntima convicção, limitando-o na formação do seu

⁴⁵ Uma só testemunha é o mesmo que nenhuma

convencimento, sem contudo cingí-lo à valoração legal proposta pelo sistema das provas legais; ficando o juiz então condicionado, na formação da sua livre convicção; “ aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; às provas desses fatos, colhidas na causa; às regras legais e a máximas de experiência; e, por isso que é condicionada, deve ser motivada”.(SANTOS, 1950, p. 359).

Tratando o Direito Processual Penal de bens e interesses indisponíveis, refuta-se, logicamente, o princípio civilístico que desconsidera a necessidade de provar aquilo sobre o que concordaram as partes: “o que conta é a convicção do juiz, e não a das partes. Não têm estas um direito de disposição sobre o objeto das provas: isso está na harmonia do caráter altamente publicístico da investigação, que se desenvolve no processo penal” (ESPÍNOLA FILHO, 1980, p. 436).

Introduzido em nosso ordenamento jurídico pelo código de processo de 1.941, o sistema da livre convicção do juiz na apreciação da prova, ensejou desde então questões relacionadas com os limites que deveriam ser impostos ao juiz, na formação da sua convicção, que condicionada à prova dos autos, não deveria ser tão livre a ponto de propiciar um retorno ao sistema da íntima convicção, causando especial preocupação, a questão da convicção formada por conhecimento direto e pessoal do juiz; ou com base em alegação de notoriedade de um fato; ou ainda em razão de fato incontroverso.

A notoriedade de um fato e os conhecimentos pessoais do juiz, como fatores de formação do seu livre convencimento, contrastam com o princípio do contraditório e ampla defesa, uma vez aceitos, sem terem sido entronizadas no processo, bem como com aquele que impõe o julgamento conforme a prova dos autos. Sobre o assunto, a lição de Espínola Filho (1980) ilustrada pelas citações de Florian e Manzini:

Com esse sistema, tem a mais franca introdução, no processo penal vigente, o princípio de que o juiz pode prevalecer-se da sua observação imediata dos fatos. Os autores são muitos ciosos de que essa observação deve ser judicial, isto é,

processual, ou seja, adquirida pelo juiz, no exercício das suas funções de dirigente do processo em causa (p. 439).

Florian (apud ESPÍNOLA FILHO, 1980):

Ressalva que as coisas chegadas a conhecimento do juiz, por força do seu ofício, derivam de um conhecimento, que tem origem e limite no âmbito judicial; mas exclui a possibilidade de atender a conhecimento adquiridos pelo juiz em processo diverso do em causa, e, mesmo quanto ao conhecimento adquirido, no próprio processo, em razão da atividade de ofício, sustenta devem se aplicar as regras gerais, que governam a matéria da prova (p. 439-40).

Manzini (apud ESPÍNOLA FILHO, 1980)-em sua obra **Trattato do diritto processuale italiano secondo il nuovo Códice**⁴⁶, afirma que:

Mais condescendente, apenas entende que todo conhecimento adquirido pelo juiz, particularmente, é estranho ao processo, enquanto nêle não é introduzido, por qualquer meio legítimo. E sustenta que, se, para introduzir, legitimamente, no processo a ciência particular do juiz, fosse preciso tomar-lhe a informação, na qualidade de testemunha, isso lhe excluiria, necessariamente, a função de julgar o caso, porque ninguém pode ser testemunha e juiz, no mesmo processo. “Ora, se tal condição de coisas não seria, evidentemente, admissível quando se agisse abertamente, empregando os meios dispostos pela lei, não se poderia considerar legítima, quando, invés, se apresentasse sem, nem ao menos, aquelas garantias e aquela responsabilidade, que são próprias da chamada em juízo como testemunha”. Ademais, ilustra o eminente autor que nem seria sustentável a aceitação do conhecimento particular dos fatos, pelo juiz, na base do princípio da livre convicção, que não concerne à promoção da prova, mas à sua avaliação, nem com o socorro ao princípio da liberdade da prova, porque se não trata de um meio de prova, e, sim, da exclusão de toda prova: “se o fim do processo penal é a apuração da verdade real, sem limitações, esse fim só deve ser, porém, conseguido com a observância daquelas garantias formais, que constituem a razão de ser do processo, de modo que os fatos considerados na sentença só podem ser os provados no processo” (p. 440).

Obrigado a traduzir racionalmente, como se deu o seu conhecimento, motivando sua decisão - artigo 381, inciso II, C.P.P. -: *a sentença conterà: II- a exposição sucinta da acusação e da defesa*, o juiz vê-se na contingência de agir supletivamente na produção de provas, buscando eliminar, pontos de estrangulamento do raciocínio lógico, eventualmente representado por uma dúvida; reduzindo-se por consequência, no processo penal, a força da regra que o ônus da prova, impõe-se àquele que alega; posição reforçada pela idéia da indisponibilidade dos bens em jogo no processo penal; a exigir a efetiva

⁴⁶ Tratado do direito processual italiano segundo o novo código

comprovação do fato de interesse jurídico-penal e respectiva autoria, prevalecendo a verdade real.

Dispensando a observância estrita a regras legais sobre a avaliação da prova e evitando o descompromisso do juiz com a realidade, pela imposição da avaliação das provas dos autos como base racional do seu convencimento, devidamente explicitado pela motivação obrigatória, o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento apresenta-se em condições de possibilitar a aplicação da lei com justiça, restando contudo inconclusa, a tarefa de precisar o que seria as provas produzidas no processo, ou a prova dos autos, que limita e condiciona o juiz na formação do seu convencimento, que deve ser livremente formado a partir das provas produzidas no processo, podendo ser definida como o conjunto de fatos constituídos e ou apresentados no processo com a finalidade de propiciar às partes o contraditório, a ampla defesa e afinal lastrear o livre convencimento do juiz.

CONCLUSÃO

O trabalho de pesquisa realizado, leva à concepção de Devido Processo Legal, como um princípio, que consagra os valores próprios do Estado Democrático de Direito, integrado de vários subprincípios, que delimita o seu conteúdo e lhe dá consistência prática; privilegiando a razão, conquista maior da humanidade, permitindo-nos conceber como justo, aquilo que for racionalmente aceito como tal, a partir da interação de valores concebidos pela mente coletiva.

Realizar a justiça não é tarefa exclusiva do poder judiciário, ou de qualquer dos outros dois poderes isoladamente; o que confrontaria o princípio da tripartição dos poderes, cuja proposta é de atuação independente e harmônica, buscando o fim último da vida em uma sociedade justa; fato que explica a abrangência do Devido Processo Legal, que alcança as atividades dos Poderes Legislativo e do Executivo, além do Judiciário; de tal sorte que só vincula a todos, a lei produzida em acordo com os valores que informam o Devido Processo Legal, que condicionam também e necessariamente as decisões do executivo e o processamento da causa perante o judiciário.

Neste contexto, é possível que no processamento da causa em juízo, ordenada pelo Devido Processo Legal processual, aspecto que nos interessa mais de perto, não ocorra a preservação dos valores por ele consagrados, posto que a formalização dos atos processuais e seu sequenciamento em acordo com as normas que buscam dar efetividade ao princípio norteador e por consequência aos vários princípios que o integram; pura e simplesmente, não cumprem os objetivos propostos pelo Devido Processo Legal. Com efeito, é preciso observar que a forma é o meio para atingir um fim; não deve em nenhuma circunstância, sobrepor-se ao objetivo que visa alcançar e quando isso ocorre, aparece claramente a irracionalidade da ação assim desenvolvida, confrontando a base sobre a qual

desenvolveu-se o princípio do Devido Processo Legal; a razão, conforme já antes referenciado.

É também com base na racionalidade, seguindo pensamento lógico-jurídico, que propomos a adoção de uma hermenêutica jurídica, com base na supremacia funcional das normas constitucionais assentadas nos princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito. Pensamos que, conforme ficou demonstrado, a constituição representa e recepciona o ordenamento jurídico como um todo, na medida em que abriga os valores socialmente aceitos. Dispondo-os de forma ordenada, sistematiza-os de maneira a torná-los efetivos e eficazes através da edição das normas infra-constitucionais que tendem a concretizá-los, integrando-os à realidade em maior ou menor extensão e profundidade.

Concebendo-se o Direito como instrumento de harmonização de uma sociedade organizada em torno dos valores por ela aceitos, é natural pensar a hermenêutica jurídica constitucional, como a proposta de condicionar a interpretação do ordenamento jurídico como um todo e a partir, logicamente, dos valores consagrados pelos princípios constitucionais, hierárquica e funcionalmente interligados em razão da prevalência dos valores, uns sobre os outros e da funcionalidade do sistema.

Contrasta tais assertivas com o positivismo, que historicamente, evoluiu a partir do surgimento do Estado moderno, que deu origem ao fenômeno de monopolização da produção jurídica por parte do Estado, que teve seu ponto marcante com a compilação de Justiniano – *corpus júris civilis* – reafirmando-se o poder estatal, inclusive na Inglaterra; apesar da *common law*.

A reafirmação do poder do Estado, leva à prevalência de um sistema de distribuição de justiça, excessivamente formal, surgindo a questão da exposição do indivíduo ao arbítrio do legislador, que a pretexto de garantir direitos, atropela valores sociais extratificados nos princípios constitucionais, propiciando a reação a tal estado de coisas,

representada pela proposta de um direito alternativo, significando a possibilidade jurídica de aplicação do princípio que motivou a norma, desconsiderando-se esta.

A percepção dos valores sociais condensados nos princípios, é fator indispensável à compreensão que a norma funciona como instrumento de efetivação dos valores sociais, de forma a torná-los presentes no dia a dia do indivíduo, e só se legitima, na medida que não extrapola de tal função.

A normatização do processo, portanto, tem por finalidade tornar realidade o processamento da causa pelo poder judiciário, a quem cabe com exclusividade e soberanamente, dizer o direito; nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da C.F.; estabelecendo-se o órgão julgador, por critérios que garantam a sua imparcialidade e isenção, conforme artigo 5º, inciso LIII, da C.F., viabilizando a igualdade das partes no processo, pelo contraditório e ampla defesa, - artigo 5º, inciso LV, C.F. -; cuidando para que o direito à prova e a efetividade do processo sejam garantidos, sem que sejam feridos os direitos e garantias individuais, pela atividade probatória, tendo em vista a proibição de provas ilícitas – artigo 5º, inciso LVI, da C.F. -, assunto sobre o qual buscou-se subsídios nos sistemas alemão e americano de proibição de provas ilícitas, fornecendo o sistema alemão, soluções prático-jurídicas perfeitamente aplicáveis ao nosso sistema; em especial, com relação à escuta ambiental e interceptação telefônica, com propostas de soluções aceitáveis, para as questões dos conhecimentos fortuitos e da prova ilícita por derivação.

Avulta a importância do princípio da proporcionalidade, que dentro da linha de pensamento do Direito como instrumento de harmonização social, cumpre a função de propiciar a superação de eventuais conflitos envolvendo valores constitucionalmente consagrados, porém subordinados aos valores integrados aos princípios fundamentais; estruturante e geral, ordenando os princípios fundamentais especiais, consagradores de

valores múltiplos; aspectos que são do princípio fundamental geral da dignidade da pessoa humana.

Qualquer atividade embasada na razão, pressupõe a realidade como suporte lógico; assim quando o constituinte formula o princípio, tem ele subjacente e a integrá-lo os valores sociais que se objetiva preservar. O princípio da inafastabilidade da jurisdição garante o acesso à justiça, ao mesmo tempo que ratifica a idéia da submissão do Estado à lei elaborada por outro poder que não aquele que as executa, reservando-se, no contexto da tripartição dos poderes, a função de dizer o direito ao judiciário; fundamentando a idéia da produção e avaliação da prova no processo, perante o juízo competente para dizer o direito; que deve por sua vez, apresentar-se em condições de agir imparcialmente, objetiva e subjetivamente, integrando a idéia de juiz natural, “ninguém será processado nem sentenciado, senão pela autoridade competente” conforme o artigo 5º, inciso LIII da Constituição Federal, a definição do órgão julgador em razão do fato juridicamente interessante, abstraindo-se num primeiro momento qualquer referência às pessoas a ele ligadas, que só excepcionalmente interferem com a definição de competência, exatamente quando, em razão delas, surgir a possibilidade de afetação da imparcialidade do juiz, refutando-se o juízo ou tribunal de exceção.

O princípio do contraditório e ampla defesa agasalha a idéia da participação das partes no processo, em igualdade de condições; pressupondo efetivas condições de produção de provas e influência no convencimento do juiz da causa; pelo que, questiona-se a obediência a tal princípio, quando da constituição da prova na fase pré-processual, assunto, ao qual voltaremos mais adiante.

O Devido Processo Legal conforma as atividades dos envolvidos no processo, buscando garantir, racionalmente, atividades direcionadas a uma prestação jurisdicional com justiça, em especial a atividade probatória, razão de ser do processo. A quase absoluta

liberdade de prova no processo penal contrasta com a idéia de conformação ou condicionamento da atividade probatória, sendo passível a superação, sem provocação de conseqüências traumáticas, o descumprimento de regras atinentes ao rito procedimental, que acarreta o surgimento do que se denomina, prova ilegítima, a qual surge invariavelmente durante o desenvolvimento do processo, na segunda fase da persecução criminal.

A questão da proibição de provas ilícitas torna-se complexa, a partir da ocorrência de violação de direitos individuais em razão da atividade probatória, ou da constituição da prova, quase sempre ocorrida na primeira fase da persecução criminal. Nesta fase, a movimentação da autoridade de polícia judiciária é intensa, na busca de dados de comprovação do fato e de sua autoria; a atividade da autoridade de polícia judiciária e seus agentes, estão quase sempre no limite máximo da legalidade, configurando situações de extrema tensão, o que aumenta a possibilidade do erro, que leva à ilegalidade da ação policial e por conseqüência, da prova dela resultante; ainda que indiretamente, ocorrendo neste contexto a prova ilícita, quando resultante diretamente da ação ilícita - confissão extorquida pela violência - e a prova ilícita por derivação, quando resultar indiretamente da ação ilícita; - prova da materialidade, em razão da confissão extorquida, como no caso de encontro de cadáver no homicídio; em razão da confissão extorquida do assassino.

As soluções aventadas para questões assim, extremamente complexas, ainda não satisfazem, se levada em conta a proposta de um sistema racional de distribuição de justiça; mesmo nas sociedades mais avançadas, onde se discute a questão há séculos, como a alemã e a americana, ainda não se chegou a bom termo tal questão; superadas as dificuldades relacionadas com a prova ilícita, restam insolúveis questões importantes relacionadas com a prova ilícita por derivação, produzida ou constituída a partir de atividade ilícita, desenvolvida na primeira fase da *persecutio criminis*.

O recurso ao princípio da proporcionalidade possibilita a superação de uma infinidade de questões práticas relacionadas com o conflito de valores desproporcionais, de tal sorte que é possível ou admissível o sacrifício de um para que o outro prevaleça; contudo, amiúde nos deparamos com situações em que não é admissível o sacrifício de nenhum dos valores confrontantes; como por exemplo, no caso de desaparecimento de pessoa, cujo corpo é depois localizado, juntamente com a arma do crime, em razão de confissão do criminoso, que confessou o crime e indicou onde estava enterrada a vítima e a arma, mediante tortura. Ainda que se aplique aqui, as regras propostas pelo princípio da proporcionalidade, não encontraríamos uma solução isenta de críticas.

Com efeito, observada a primeira regra, consistente no exame de cada caso concreto, separemos o caso acima mencionado para análise; já levando em conta a grave afetação a direito fundamental do indivíduo, consagrado por princípio fundamental especial, ligado ao princípio fundamental geral da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal; contexto apropriado à aplicação do princípio ordenador, dos princípios fundamentais especiais; o princípio da proporcionalidade. Conforme proposto às págs. 80/81 -. Posta a primeira regra em face do caso em análise, passemos à comparação entre os interesses jurídicos e ou valores em jogo. De um lado a integridade física, o direito ao silêncio e como resultado último da ação de tortura, a afetação à dignidade da pessoa humana, a inquirir de ilícita a prova colhida; de outro, o bem maior do ser humano, a vida, e como consequência da sua violação, a garantia da ordem pública, a ser preservada pela efetividade do processo e por consequência do direito penal-processual penal como um todo.

Identificado o caso concreto e definidos os valores em jogo, verifiquemos agora a possibilidade de relativização de um ou de outro, em acordo com a teoria dos três graus, e na seqüência com a teoria da compressão. Pressupondo a aglutinação dos direitos individuais em três círculos concêntricos e permitindo a flexibilização a partir do segundo

círculo, a teoria dos três graus propõe a preservação de um núcleo não passível de relativização, que com certeza inclui os valores violados pela ação de tortura. Na teoria da compressão, que também toma por base o princípio da proporcionalidade, a proposta é de ignorar em determinados casos especificados em lei, a proteção de direitos individuais afetados pela atividade probatória, funcionando a lei excepcionadora, como se fosse um peso a comprimir a superfície representada pelo sistema de proteção aos interesses individuais; que no caso em tela, não comportaria uma compressão tão profunda.

No caso em análise, as duas teorias são inadequadas à solução racional da questão, posto que, se for desconsiderada a prova ilícita por derivação, estaremos diante do absurdo de ignorar a morte de um homem por outro homem, fato, por si só, desagregador da sociedade e extremamente grave, para a vida em uma sociedade civilizada e, pior que isso; estaríamos reconhecendo expressamente, a inoperância do direito penal-processual penal diante de situação extrema, a exigir providências do Estado.

Ainda com base no princípio da proporcionalidade, resta a análise, em face do caso concreto dos critérios da ponderação de interesses e do fim de proteção da norma. Pelo primeiro, analisa-se os interesses em jogo, aquele sacrificado pela produção do meio de prova, acrescido de eventual sacrifício relacionado com a valoração do meio de prova obtida indiretamente e a gravidade do fato a ser punido como contra ponto, aceitando-se ou não a prova ilícita por derivação, conforme seja proporcionalmente aceitável o sacrifício de uma ou outra espécie de interesse.

Pelo critério do fim de proteção da norma, a prova ilícita por derivação seria ou não aceita, conforme se pudesse ou não por outros meios chegar-se à produção da prova independentemente da ação ilícita. Também pelos dois critérios em estudo, não conseguiríamos uma solução justa, pela qual, utilizando-se a causalidade e a imputação emprestados do direito objetivo, aceitar-se-ia ou não a prova ilícita por derivação, conforme

inexistisse ou existisse uma efetiva relação de causalidade entre a prova decorrente e a ação ilícita que possibilitou sua produção.

A solução racional, em acordo com o Devido Processo Legal à questão posta, passa pela aceitação da idéia que vivemos em um mundo de relatividades, onde nada é absoluto; pelo que, somos obrigados em algumas circunstâncias a relativizar inclusive o direito à vida; postas as coisas nestes termos, no caso em questão, é de se admitir a prova ilícita derivada, obtida mediante atividade de polícia judiciária, que produziu licitamente, autos de exibição e apreensão, de levantamento de local, de encontro de cadáver; laudos de exames periciais de corpo de delito, e periciais da arma e de balística, etc, provas contundentes da materialidade e autoria de crime de homicídio.

Solucionada e justificada, inclusive legalmente, a admissão da prova ilícita por derivação - artigo 5º, inciso LVI -: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*; que só seria inadmissível se diretamente vinculada à ação ilícita, nos termos do dispositivo em questão, resta a busca de solução para a questão da grave violação de direito fundamental do assassino; o que seria atendido pela punição do autor da ação ilícita, lembrando por oportuno, que tais questionamentos não se originam da atividade probatória propriamente dita, ou seja, aquela desenvolvida no processo, perante o juízo da causa, antes originam-se da atividade de polícia judiciária, sobre a qual já podemos afirmar a esta altura, tratar-se de atividade preparatória para a instrução do processo, constituindo-se provas, que serão apresentadas no processo, com o fim de produzir a prova, perante o juízo.

O princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, secundado pelo princípio processual da persuasão racional ou do livre convencimento e pela obrigatoriedade de motivação das decisões, impõem a necessidade da produção da prova no processo, perante o juízo; artigo 5º, inciso XXXV, C.F.; *a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça do direito*, artigo 157 C.P.P.; *o juiz formará sua convicção pela livre*

apreciação da prova; artigo 93, inciso IX, C.F.; Lei Complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal; disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Os dispositivos acima citados, não deixam qualquer dúvida com relação ao momento da produção da prova, que deve ocorrer no processo, perante o juízo da causa o que parece lógico, uma vez que a função de dizer o direito, no caso concreto é tarefa atribuída ao poder judiciário, estando o juízo da causa, na formação do seu livre convencimento, adstrito às provas dos autos, garantindo-se a racionalidade, a logicidade do seu pensamento sobre a questão jurídica que lhe foi submetida, pela obrigatoriedade de fundamentar sua decisão com base nas provas constantes do processo; garantidos às partes o contraditório em igualdade de condições e ampla defesa ao acusado, garantias estas, compatíveis com o procedimento processual no mais das vezes incompatíveis com o procedimento administrativo, da investigação criminal; tendo em vista a prevalência da sua natureza inquisitória.

As verdades acima expendidas, tendo em vista o princípio do Devido Processo Legal, contrapõe-se aparentemente à realidade da persecução criminal bifásica, adotada pelo nosso sistema judiciário-processual penal. Concebida a prova como os fatos produzidos no processo objetivando o convencimento do juiz sobre a realidade de um fato ou a logicidade de uma afirmação, patenteia-se a idéia que, o que não está no processo, não está no mundo, significando a vinculação do juiz à provas dos autos e por mais que justifique, sua posição contrária, apesar da sua argúcia e inteligência amplamente reconhecida, Espínola Filho, não consegue convencer do contrário; o juiz está adstrito à prova dos autos; por outro lado, não há como negar a quase absoluta impossibilidade da realização dos exames periciais em geral e entre eles o de corpo de delito, no processo, até porque já exige-se expressamente

quando da apresentação da peça acusatória em juízo, a comprovação da materialidade delitiva, provada, nos crimes que deixam vestígios, de regra, pelo exame de corpo de delito.

Outros meios de prova legalmente previstos ou não, estão na mesma condição, ou seja, de não oportunizar a sua utilização prática em juízo, o que inviabiliza a constituição das provas por eles potencializadas em juízo, razão porque, são naturalmente utilizados nas atividades de polícia judiciária; que pré-constituem as provas que irão instruir o processo, depois de passarem pelo crivo do contraditório, ainda que diferido.

Podemos então afirmar, com base na proposta de racionalidade do Devido Processo Legal, calcado na realidade das coisas, que o resultado das atividades de polícia judiciária, consistentes na reconstituição do fato de interesse jurídico penal e na indicação de autoria - no mais das vezes na comprovação de autoria -, caracteriza-se como pré-instrução do processo, no sentido que direciona a instrução processual criminal definindo em várias circunstâncias, questões importantes para o processo e em especial para a decisão da causa; não restando dúvida, portanto, que as atividades de polícia judiciária são coadjuvantes daquelas desenvolvidas no processo, perante o juízo, para instrução do processo, ligando-se portanto diretamente à atividade jurisdicional, instrutória e apenas indiretamente à atividade acusatória exercida pelo Ministério Público na ação penal pública e ao querelante nos casos de ação penal privada.

Caracterizando-se o inquérito policial, por esta linha de pensamento, como peça importante para a instrução processual, avança o seu papel para além de peça meramente informativa, significando para alguns, mero apêndice da denúncia, mas que estranhamente, transforma-se no seguro repositório das provas que vão embasar a sentença; fato inconteste, que pode ser aferido por qualquer pesquisa em qualquer canto do país; restando como frágil, argumento favorável à legitimação da instrução criminal e valoração da prova produzida, com base no contraditório dito diferido, que pelas circunstâncias atuais pouco acrescenta em

termos de possibilidade de participação efetiva da defesa, na produção e na valoração da prova.

A desestruturação institucional do nosso macro sistema de segurança, compreendendo as atividades de prevenção, de polícia judiciária, processual e de execução penal, é visível, sendo desnecessária uma análise mais profunda para detectar os resultados maléficos produzidos pelas disputas institucionais promovidas pelas várias instituições em especial o Ministério Público, a Polícia Judiciária e a Polícia Militar, com aquele ditando as regras do jogo, a partir do descomunal fortalecimento político-institucional, que tem lhe conferido poderes usados para submeter a quase todos, afetando inclusive o judiciário. É neste contexto que desenvolve-se a luta fratricida entre instituições afins, com o propósito de aniquilamento da Polícia Civil, encarregada constitucionalmente das atividades de polícia judiciária, porém a todo momento questionada em relação à sua autonomia na condução das investigações criminais.

O primeiro passo, portanto, para o aperfeiçoamento do sistema processual-penal, consiste na reorganização das instituições da área de Segurança Pública e do Ministério Público, definindo clara e praticamente; inclusive com atuação dos órgãos judiciais; com base nas normas constitucionalmente postas, as atividades próprias de cada instituição, de forma a permitir clareza do conteúdo de suas atribuições; implicando em investimentos na profissionalização dos integrantes das instituições de forma adequada.

Hoje, investe-se na formação do policial militar para atuar na prevenção, porém é constante e cada vez mais significativo o número de policiais militares atuando na área de investigação, não poucas vezes em parceria com membros do Ministério Público, travestidos de autoridades policíacas, contraditando as aptidões próprias da carreira, posto que, são inclusive culturalmente, formados para atuar nas lides processuais, propriamente dita.

A outra frente de trabalho a ser enfrentada, consiste na tarefa de intensificação das pesquisas jurídicas relacionadas com a primeira fase da persecução penal, quase sempre desconsiderada nos meios jurídicos, hoje constando da pauta de importantes processualistas.

É imprescindível que se abra os olhos para a realidade, buscando assimilar as deformações do nosso sistema jurídico-processual, uma vez que, é com base na realidade, que poderemos trabalhar o seu aperfeiçoamento e a realidade nos mostra que as atividades concernentes à investigação criminal exigem preparo específico dos profissionais que à ela se dedicam, a par de uma estrutura própria de armazenamento de dados e acúmulo de experiência pela prática diuturna dos trabalhos de investigação, que compõem inquestionavelmente o processo de construção do conjunto probatório, conforme já antes afirmado, com a realização de atividades próprias de instrução, que por isso precisam ser jurisdicionalizadas, quando possível, como é o caso das medidas constritivas da liberdade, por exemplo; ou fielmente documentadas, como no caso dos levantamentos de local de crime e os vários exames periciais, buscando estabelecer base segura que legitimaria o contraditório diferido como instrumento adequado à garantia do contraditório e da ampla defesa, fato já ocorrente com a adoção do procedimento investigatório desenvolvido por Marco Antonio Desgualdo, denominado auto de reconhecimento visuográfica de local de crime, consistente em documentação escrita, em vídeo e áudio, sobre fatos, que guardam dados de interesse para a prova, que uma vez perenizados, garantem o contraditório e a ampla defesa posteriormente, pelo seu reconhecimento; lembrando, por oportuno, que a apresentação da prova em juízo, em condições de ser debatida, caracteriza, para os fins do *due process*, produção de prova em juízo.

Por fim, é de adotar-se na busca do aperfeiçoamento do sistema, a proposta de antecipação do contraditório para a fase pré-processual e a partir do indiciamento, o que

legitimaria definitivamente as atividades de polícia judiciária, como coadjuvante da atividade de instrução criminal, viabilizando a segurança jurídica pelo desenvolvimento da persecutio criminis em acordo com o Devido Processo Legal.

REFERÊNCIAS

ALBERTO SILVA FRANCO, Rui Stoco. *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.1.

_____. _____. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 2.

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

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. Porto Alegre: Ajuris, 1985.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico: lições de Filosofia de Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 13. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

COMPARATO, Fahio Konder. *Novas funções jurídicas no Estado moderno*. Porto Alegre: Ajuris, 1986.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, v.1.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

CUNHA, Fernando Whitaker da et al. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

DANTAS, F. C. de San Tiago. *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

DESGUALDO, Marco Antonio. *Crimes contra a vida: reconhecimento visuográfica e a lógica na investigação*. São Paulo: Seção Gráfica da Academia de Polícia, 1999. 190 p.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 6. ed., Rio de Janeiro: Rio, 1980. v.3.

FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Processo penal constitucional*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira SA, 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES, Luiz Flávio (org.) *Código Penal. Código de Processo Penal. Constituição Federal*. 3. ed. at. até 31.12.2000. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O Processo em sua unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. *As nulidades no processo penal*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e Direitos fundamentais*. 4. ed., São Paulo: RSC Editora, 2005.

_____. *Hermenêutica jurídica*. Resumo Complementar de Aula, 2005.

_____. *A interpretação constitucional no contexto da Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. v.1.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLADO, Asencio. *Prueba prohibida y prueba preconstituída*. Madrid, 1989.

MERINO MERCHÁN, José Fernando; PÉREZ-UGENA COROMINA, Maria; VERA MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1990/1994. v.1.

_____. *Código de Processo Penal interpretado*. 11. ed., São Paulo: Atlas SA, 2003.

_____. *Processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas SA, 2004.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MOURA, Elizabeth Maria de. *O devido processo legal na Constituição brasileira de 1988 e o Estado democrático de Direito*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. *Constituição e sociedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Princípio democrático e Estado legal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Breves comentários à Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.1.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1985/1987. v.1.

_____. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Interrogatório, confissão e direito ao silêncio no processo penal. In: *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito*. Araçatuba, 2002, v. 3, n. 1, p. 27.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Edmundo. *Comentários ao Código Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos recursos cíveis*. 3. ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Recurso especial para o Supremo Tribunal de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1992.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro – artigos 1º a 120º*. 3. ed., São Paulo: Forense, 2002. v. 1.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no Processo Penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1975. v. 1.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Curso completo de Direito Penal*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTOS, José Manuel. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no Civil e Comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1950. v. 1.

SERINTATI, Tomaz M. *Curso de Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do Direito Penal*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 24. ed., São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1 e 3.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Aspectos ideológicos na criação jurisprudencial do Direito*. Porto Alegre: Ajuris, 1985.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)