

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

LIDIANE MAURICIO DOS REIS

DIMENSÕES CONSTITUCIONAIS DO GARANTISMO  
PARA UMA JURISDIÇÃO PENAL LEGÍTIMA: A  
FORMAÇÃO DA DECISÃO CRIMINAL A PARTIR DA  
DETERMINAÇÃO DA VERDADE

POUSO ALEGRE - MG  
2014

LIDIANE MAURICIO DOS REIS

DIMENSÕES CONSTITUCIONAIS DO GARANTISMO  
PARA UMA JURISDIÇÃO PENAL LEGÍTIMA: A  
FORMAÇÃO DA DECISÃO CRIMINAL A PARTIR DA  
DETERMINAÇÃO DA VERDADE

Dissertação apresentada como exigência parcial  
para obtenção do Título de Mestre em Direito ao  
Programa de Pós-Graduação da Faculdade de  
Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes  
Figueiredo

LIDIANE MAURICIO DOS REIS

DIMENSÕES CONSTITUCIONAIS DO GARANTISMO PARA UMA JURISDIÇÃO  
PENAL LEGÍTIMA: A FORMAÇÃO DA DECISÃO CRIMINAL A PARTIR DA  
DETERMINAÇÃO DA VERDADE

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação \_\_\_\_ / \_\_\_\_ / \_\_\_\_

Banca Examinadora

---

Prof.(a) Dr.(a) Eduardo Henrique Lopes Figueriedo  
Orientador  
FDSM

Banca Examinadora

---

Prof.(a) Dr.(a)  
Instituição

Banca Examinadora

---

Prof.(a) Dr.(a)  
Instituição

POUSO ALEGRE – MG  
2014

À Eduardo Henrique Lopes Figueiredo e aos  
meus amados pais, Arnaldo e Tania, por  
todas as razões...

# AGRADECIMENTOS

Em especial, ao meu orientador, Prof. Dr. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo, pela atenção, dedicação, paciência, motivação e pelos preciosos ensinamentos transmitidos, sempre a partir de uma leitura crítica, durante toda a orientação. Sem sua presença, este trabalho não seria concluído. És um exemplo a ser seguido.

A todos os professores do PPGD da FDSM, que contribuíram para a minha formação.

A Prof<sup>ª</sup>. Dra. Fabia Veçoso pelo auxílio na realização do estágio de docência e pela oportunidade de fazer parte do corpo editorial da revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

À FAPEMIG – Fundação de amparo à pesquisa do Estado de Minas Gerais, pela ajuda dispensada durante este ano de 2013.

A Deus, por me permitir estar aqui, vivendo este momento.

Ao meu amado pai Arnaldo Mauricio dos Reis, exemplo de sabedoria e determinação, por acreditar na realização deste sonho, e por me mostrar, desde cedo, o valor dos estudos na vida de um ser humano.

A minha amada mãe, exemplo de amor, pela presença constante em cada passo desta caminhada, me enchendo de fé, força e coragem para prosseguir diante dos obstáculos enfrentados para a concretização deste sonho.

A minha querida irmã Letícia pelo incentivo e apoio durante esta árdua caminhada.

Ao meu irmão, Mateus Maciel Mauricio dos Reis (*in memória*), anjo que protege minha família.

A querida Tia Maria Suzana Maciel (*in memória*).

A todos os meus familiares, que mesmo à distância, me apoiaram e compreenderam minha ausência.

A todos os meus amigos do mestrado, em especial à querida Graziella Brianezi, com quem compartilhei muitos momentos especiais do curso.

Ao querido amigo Rafael Além Mello Ferreira, pela companhia, amizade sincera e pela força transmitida em todos os momentos de fraqueza.

A querida amiga Anna Carolina Borges, pessoa ímpar que Deus colocou na minha vida, para me ajudar a suportar as angústias, da vida e do curso, que sozinha não suportaria.

Ao Dr. José Inácio Pereira, pela amizade e incentivo na concretização deste sonho.

A querida amiga Kátia Cilene Glória Sena Rodrigues e ao amigo Wellington Clóvis de Oliveira, pelo apoio e por assumirem os compromissos do meu escritório, durante minha ausência.

A querida Olga Raffaelli, por me reerguer nos momentos de desânimo e tristeza.

Às secretárias do PPGD da FDSM, pela atenção dispensada.

Ao amigo Diogo Bacha e Silva, pela oportunidade de iniciar minha carreira acadêmica na Unisepe, em São Lourenço/MG.

Aos meus alunos, pelo carinho e compreensão.

*“Desconfiar do mais trivial, na aparência singelo. E examinar, sobretudo, o que parece habitual. Suplicamos expressamente: não aceitar o que é de hábito como coisa natural, pois em tempo de desordem sangrenta, de confusão organizada, de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada, nada deve parecer natural, nada deve parecer impossível de mudar”.*

Bertold Brecht

## RESUMO

REIS, Lidiane Mauricio dos. Dimensões constitucionais do garantismo para uma jurisdição penal legítima: a formação da decisão criminal a partir da determinação da verdade. 2014. 153f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2014.

A presente dissertação investiga a formação de decisão judicial no Processo Penal Brasileiro, à luz da Teoria Geral do Garantismo Penal, desenvolvida pelo italiano Luigi Ferrajoli, explorando a exigência de se determinar a verdade, por meio da reconstrução histórica dos fatos, para a construção de uma decisão legítima. Para tanto, analisou-se a formação da prova e sua valoração pelo julgador, discorrendo, em especial, sobre a prova ilícita e sua derivação. Neste horizonte exploratório, foi realizada uma releitura garantista do poder punitivo e da liberdade no processo penal, destacando o garantismo como uma dimensão do constitucionalismo moderno, para, em seguida, a investigação desenvolver a construção da decisão criminal constitucionalmente adequada. O estudo sobre os limites da decisão criminal exigiu a uma análise da teoria *fruits of the poisonous tree*, isso com o objetivo de extrair o significado de se valorar a extensão e os limites da proibição no Estado Democrático de Direito. Nesta perspectiva, foram enfrentadas algumas problematizações sobre a verdade na jurisdição penal, arraigada na sociedade como atingível e necessária para a efetivação da justiça tal como ela existe em bases dogmáticas. Para a sua releitura, a verdade processual articulou o garantismo com alguns ensinamentos de Michel Foucault, isso com o objetivo de reforçar os alicerces da justiça criminal que considera a verdade como premissa decisória.

**Palavras-chave** – Garantismo Penal. Decisão Criminal. Prova ilícita. Verdade. Genealogia.

## **ABSTRACT**

REIS, Lidiane Mauricio dos. *Constitutional Dimensions of guaranteeism for a Legitimate Criminal Jurisdiction: the formation of the criminal decision from the determination of the truth*. 153f. Dissertation (Master in Law) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2014.

*The present dissertation investigates the formation of judicial decision in the Brazilian Penal Procedure in light of the General Theory of Criminal Guarantism, developed by the Italian Luigi Ferrajoli, exploring the requirement to determine the truth, through the historical reconstruction of the facts, to build a legitimate decision. To this end, the formation of evidence and its evaluation by the judge was analyzed, talking in particular about the illegal evidence and its derivation. In this exploratory horizon a reinterpretation of punitive power and freedom in the criminal proceeding based on guarantism was held, highlighting the jusnaturalism as a dimension of modern constitutionalism, to then the investigation develop the construction of constitutionally adequate criminal decision. The study about the limits of criminal decision required an analysis of the fruits of the poisonous tree theory to extract the meaning of appraising the extent and limits of the prohibition in Democratic State of Law. In this perspective, some problematizations were faced about the truth in criminal court, ingrained in society as attainable and necessary for the realization of justice as it exists on dogmatic grounds. For your rereading, procedural truth articulated guaranteeism with some teachings of Michel Foucault, this with the aim of strengthening the foundations of the criminal justice regarded the truth as operative premise.*

*Key-words: Criminal Guarantism. Criminal decision. Illegal evidence. Truth. Genealogy.*

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1. O GARANTISMO PENAL FERRAJOLIANO</b> .....	15
1.1. É o garantismo dimensão do constitucionalismo? .....	15
1.2. A leitura do poder punitivo e da liberdade no processo penal brasileiro .....	25
1.2.1. A releitura garantista do poder punitivo face à liberdade .....	36
1.2.2. Garantismo e procedimento penal: dois aspectos sobre ampla defesa .....	47
<b>2. A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO CRIMINAL</b> .....	58
2.1. Elementos para uma nova compreensão constitucional da jurisdição penal (crítica).....	58
2.2. Direito à prova criminal.....	63
2.3. Direito a decisão criminal constitucionalmente adequada.....	74
2.4. Limites da decisão criminal .....	78
<b>3. REVISITANDO A FORMAÇÃO DA PROVA CRIMINAL</b> .....	84
3.1. Dimensão ilícita da prova .....	84
3.2. Prova ilícita por derivação .....	95
3.3. Leitura da proporcionalidade e suas relações com a derivação probatória .....	102
<b>4. NOTAS SOBRE A VERDADE NA JURISDIÇÃO PENAL</b> .....	110
4.1. A questão e a função da verdade no âmbito do processo penal .....	111
4.2. A verdade e a reconstrução dos fatos juridicamente relevantes.....	119
4.3. A legitimidade da decisão e a verdade.....	122
4.4. Formas, verdade, instituição de verdades a partir da leitura genealógica de Michel Foucault: breve contraponto à leitura positivista.....	126
<b>SÍNTESE CONCLUSIVA</b> .....	134
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	138

## INTRODUÇÃO

Em conexão com a linha de pesquisa do nosso programa, Constitucionalismo e Democracia, o objetivo deste trabalho é analisar, sob a ótica da Teoria Garantista desenvolvida a partir das pesquisas científicas realizadas pelo italiano Luigi Ferrajoli e inseridas na clássica obra *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, a construção da decisão judicial, a partir da determinação da verdade dos fatos narrados no procedimento penal, explorando a formação da prova, em especial a ilicitude e sua derivação, para extrair o significado de se valorar a extensão e os limites da proibição.

Para tanto, propõe-se a problematização da “verdade” no processo penal, produzida a partir de tradições que perduram ao longo do tempo e arraigada na justiça criminal da sociedade moderna como atingível, aceitável, absoluta e necessária para a efetivação plena da justiça. A partir das indagações apresentadas pelo pensador francês Michel Foucault, que busca descobrir as bases obscuras da relação de poder, das continuidades de comportamento e as condições de existência, a verdade é resultado de transformações na estrutura política, econômica e social, evidenciando que a relação do homem com a verdade possui laços muito mais complexos que a simples reconstituição dos fatos realizada na instrução processual.

Neologismo de origem francesa, o garantismo enraizou-se na linguagem filosófico-jurídica em 1970, na Itália, com um enfoque penalístico. No entanto, apesar da leitura reducionista à esfera penal, a teoria ferrajoliana se desenvolve como uma Teoria Geral do Direito, visando proteger os indivíduos do arbítrio do poder punitivo do Estado. Estabelecendo critérios de racionalidade e civilidade à intervenção estatal, a teoria do sistema de garantias de direitos fundamentais analisa, aprimora e desenvolve o regime jurídico necessário para a proteção dos direitos civis, políticos, sociais e da liberdade, sobre os quais vivem hoje as democracias constitucionais<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> IPPOLITO, Dario. *Itinerari del garantismo*. *Videre*: Dourados, MS, ano 3, n.6, p.53-67, jul./dez.2011. p. 53.

O ideal de maximizar a intervenção estatal para a tutela dos direitos fundamentais identifica a teoria garantista como um componente essencial do constitucionalismo moderno, em que o Estado é regido por leis e submetido ao direito, por meio de uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos da atividade do poder político, afastando o discurso autoritário e arbitrário existente no exercício do poder punitivo.

A abertura constitucional brasileira viabilizou e fomentou o ingresso da concepção teórica de Luigi Ferrajoli no nosso ordenamento jurídico, introduzindo a teoria garantista como sinônimo do Estado Constitucional de Direito e acentuando, ao máximo, a exigência de se tutelar, no plano constitucional, os direitos fundamentais.

A proposta teórica do jusfilósofo italiano não se cinge a mais outra etapa de um constitucionalismo ampliado e expressivo tão só em formulações do direito moderno, no qual se discutam dispositivos dogmáticos que limitem o exercício da jurisdição. Há, no garantismo ferrajoliano, fundamentos do iluminismo jurídico que se projetam da razão humana para a caracterização e reconstrução de uma razão jurídica garantista, não necessariamente focada na jurisdição penal, mas palpável nas mentalidades dos juristas, nas fontes do direito e, também, nas dimensões do poder político.

Em sendo feita a afirmação segundo a qual se 'lê' no garantismo uma dimensão iluminista, assume-se a possibilidade de compreender também as implicações de uma razão interventiva na realidade, pois é este um dos predicados mais destacados deste capítulo da história das idéias no Ocidente, ou em síntese, os potenciais da inteligência e das construções abstratas da mente humana que, vertidas em normas e instituições políticas, possam contribuir para ordenar as relações sociais.

A aplicação das premissas garantistas é condição necessária para a atribuição da responsabilidade penal no Estado Democrático de Direito e a ausência das garantias, destacando-se o momento da formação da prova, fratura todo o procedimento penal, tornando a decisão judicial construída, totalmente ilegítima. Assim, diante da necessidade de se reconhecer a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, na "construção da verdade", a partir da teoria garantista, o trabalho propõe, por meio de um olhar crítico, analisar os limites e a extensão da vedação constitucional.

A dimensão crítica do saber jurídico questiona o ser do direito como algo objetivamente existente, recusando o papel de legitimação absorvido pelo senso comum teórico. A partir da visão de que o direito é algo que se constrói pelo próprio conhecimento, a perspectiva crítica introduz na mentalidade jurídica a teoria construtiva e prospectiva do direito como instrumento de transformação social<sup>2</sup>.

O jurista<sup>3</sup>, situado na dimensão crítica, por meio da dialética de participação, é um político consciente que, conhecedor das mazelas e do grau de manipulação a que estão sujeitas as leis e os próprios valores que as informam, em favor dos privilegiados da sociedade e contra os reais interesses do povo, luta contra o *status quo*, e faz de seu lugar profissional uma trincheira nessa batalha ingente contra as injustiças sociais<sup>4</sup>.

Com a instituição do Estado Democrático de Direito, nasce a necessidade de compreender o conjunto normativo por meio das dimensões constitucionais garantistas, afastando, a partir de uma análise crítica do direito, a ideologia<sup>5</sup> do simples acatamento às leis e às instituições que por meio dela se consolidaram como algo bom e inquestionável. A ideologia é o próprio direito, o qual se mantém como instrumento de ocultação daquela estrutura real e, mais ainda, da manipulação do imaginário social no sentido de manter como legítima a distribuição de contas de poder da sociedade<sup>6</sup>.

Na medida em que a concepção normativista do direito se fortalece, o Estado, por meio do conjunto de normas postas ou reconhecidas como válidas, cria a ordem existente na sociedade. A busca pelo aperfeiçoamento do ordenamento jurídico e a implementação de movimentos repressivistas de lei e ordem, revelam a necessidade de “introduzir na mentalidade jurídica um novo princípio, o da

---

<sup>2</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003. p. 189.

<sup>3</sup> A palavra jurista não designa propriamente uma profissão, mas trata-se da pessoa que, em decorrência de sua especial formação científica, possui aptidão para o trato teórico e prático do direito e efetivamente realiza o conhecimento do direito como um resultado de sua atuação; mais ainda, o jurista é o elemento central criador do direito, em função de sua elaboração científica relacionada com seu objeto de conhecimento, o qual deve voltar-se para um compromisso com as diversas expectativas providas do meio social. *Ibidem*, p. 162.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 189 - 190.

<sup>5</sup> O conceito de ideologia se integra na concepção bachelardiana do conhecimento, com reconstrução do objeto, a partir da superação de obstáculos epistemológicos. Assim, se a realidade é o homem e a sociedade, a ideologia pode ser definida como a representação que uma sociedade faz de si mesma e do mundo que a envolve em determinado momento histórico. *Ibid.*, p. xv.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 343.

transformação”<sup>7</sup>, propugnando por um modelo de justiça garantista, que não limite os direitos e garantias fundamentais.

Portanto, para enfrentar os problemas propostos, o trabalho foi estruturado em quatro tópicos.

No primeiro tópico, intitulado “O garantismo penal ferrajoliano”, propõe-se uma análise da origem da palavra garantismo no século XIX e a evolução do seu significado até o século XXI, para que possamos compreender o garantismo, delineado por Luigi Ferrajoli, como dimensão do constitucionalismo moderno, que tem como escopo limitar o exercício do poder punitivo do Estado. Nessa medida, é essencial realizar uma leitura do poder punitivo e da liberdade no processo penal, relacionando a política criminal adotada e os limites da atuação estatal.

Admitindo-se a relação entre o Estado de Direito e as dimensões do garantismo não é possível compreender a estrutura estática da jurisdição criminal, bem como, sua atuação, sem as premissas teóricas propostas pelo autor as quais buscam eliminar a desigualdade existente entre a justiça penal, a acusação, a aplicação legítima da pena, entre outros elementos dinâmicos da persecução criminal. Para tanto, é proposta uma releitura garantista do poder punitivo e da liberdade, bem como do procedimento penal, a partir dos dez axiomas traçados por Luigi Ferrajoli, enunciados como condição *sine qua non* para a afirmação da responsabilidade penal.

No tópico segundo, pretende-se romper com a postura dogmática, propondo, a partir da teoria crítica, uma nova compreensão constitucional da jurisdição penal, em especial quanto a matéria probatória, destacando a necessidade de uma correta construção dos sentidos das normas jurídicas a partir dos casos concretos. Neste sentido, a pluralidade interpretativa existente leva-nos a considerar, como norte para a composição de uma decisão judicial constitucionalmente adequada e legítima, as premissas garantistas delimitadoras do Estado Democrático de Direito.

No terceiro tópico, propõe-se uma análise da formação da prova criminal, para demonstrar a vinculação existente entre a prova disponível no processo e a verdade dos fatos da causa. Neste sentido, o trabalho discorre minuciosamente sobre a produção de provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as

---

<sup>7</sup> Ibid., p. 192.

provas ilícitas por derivação, e sua influência na “revelação da verdade”, utilizadas como fundamento para a formação da decisão judicial.

Por fim, no tópico quarto, aborda-se a problematização da verdade no processo penal, evidenciada na justiça criminal da sociedade moderna com aceitável, absoluta e necessária para se determinar a responsabilidade penal. Para finalizar, o trabalho propõe, a partir das indagações apresentadas pelo pensador francês Michel Foucault, demonstrar que a verdade não se limita a simples reconstrução dos fatos realizada na fase intrutória do procedimento penal.

# 1. O GARANTISMO PENAL FERRAJOLIANO

A solução de um caso penal, particularmente em um sistema jurídico baseado no modelo penal garantista, exige a determinação da verdade dos fatos por meio de um procedimento judicial estruturado na estrita observância das garantias constitucionais limitadoras do exercício da jurisdição no Estado Democrático de Direito.

As provas disponíveis no procedimento penal são racionalmente valoradas e utilizadas como meios para considerar verdadeiros os enunciados hipotéticos dos fatos da causa, narrados pelas partes. Assim, a eficácia probatória, estabelecida pelo julgador, será o fundamento utilizado para a construção de uma decisão, considerada por todos legítima.

Portanto, para uma análise crítica dos discursos relativos à prova - em especial quanto a ilicitude e seus limites - como meio de reconstrução dos fatos com a construção de uma verdade no processo penal e a composição de uma decisão judicial legítima, concretizada em um ideal de justiça, pretende-se, no item 1, deste trabalho, apresentar o garantismo como elemento essencial do constitucionalismo moderno, propondo uma releitura do poder punitivo e da liberdade, a partir dos preceitos da Teoria Geral do Garantismo, desenvolvida pelo italiano Luigi Ferrajoli.

## 1.1. É o garantismo dimensão do constitucionalismo?

A palavra garantismo originou-se no século XIX, na França, codificada, no seu uso semântico, para ser utilizada em um âmbito filosófico-político que revelava o pensamento do socialista François Marie Charles Fourier e seus poucos discípulos. Com um significado diferente do aplicado na atualidade, o termo *garantisme*, ilustrado na obra *Le nouvelle monde industriel et societaire* (1829), que não

pertencia a linguagem comum<sup>8</sup>, foi entendido como um sistema de segurança social que procurava salvaguardar os direitos dos mais fracos, fornecendo a eles as garantias dos direitos vitais por meio de um plano de reformas tanto na esfera pública como privada, para a realização de um ideal supremo de uma perfeita e harmônica sociedade comunitária<sup>9</sup>.

Na língua italiana, entre 1861 e 1879, com uma concepção diversa, o garantismo foi inserido no Dicionario de Tommaseo e Bellini, como “*garanza*”. No entanto, somente em 1925, André Ibañez encontra o primeiro emprego do termo garantismo, na obra *Storia Dell Liberalismo in Europa*, de Guido De Ruggiero. Entendia-se por garantismo, a concepção da liberdade política, como liberdade do indivíduo do Estado e frente ao Estado<sup>10</sup>. Esta nova concepção das garantias de liberdade já havia começado a tomar forma em 1748, na obra mais famosa de Montesquieu, O Espírito das Leis, em análise a teorização sobre as técnicas de limitação do poder estatal, em proteção aos direitos fundamentais<sup>11</sup>.

Para Guido De Ruggiero, a partir da experiência constitucional inglesa, a liberdade, “retratada como direito inato pelos racionalistas abstratos, se revela, à observação sagaz, dependente de muitas circunstâncias. É uma delicada construção social que necessita de contrapesos jurídicos e de equilíbrios institucionais”.<sup>12</sup> Nesta perspectiva, o termo garantismo insere-se na linguagem filosófico-jurídica italiana como sinônimo de garantias constitucionais das liberdades fundamentais, modificando-se, assim, o paradigma dos “princípios do garantismo.”

Já na linguagem comum e de uso habitual, o termo garantismo foi inserido nos principais dicionários italianos. No *Dizionario di Política*, Nicola Matteucci e Noberto Bobbio contemplam o garantismo como um componente essencial do constitucionalismo moderno, acentuando ao máximo a exigência de se tutelar, no

<sup>8</sup> No *Dictionnaire de la langue française*, de Émile Littré, *garantisme* era definido como “*dans le langage de l'école fourieriste ou sociétaire, système de féodalité industrielle qui doit suivre notre anarchie et précéder l'association définitive*”. Na linguagem da Escola Fourier, o sistema de barreira feudalismo industrial e anarquia deve seguir nosso último preceder da definição de Associação (tradução livre). Os respeitadoss dicionários *Dictionnaire nationale de Louis-Nicolas Bescherelle* e *Dictionnaire classique de Henri Bescherelle* não contemplavam a verbete.

<sup>9</sup> IPPOLITO, Dario. Luigi Ferrajoli's garantism. Trad. Hermes Zaneti Júnior. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), São Leopoldo, v. 3, n. 1, jan./jun., p. 34-41, 2011. p. 35.

<sup>10</sup> ANDRÉS, Ibanez. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 59.

<sup>11</sup> IPPOLITO, Dario. Luigi Ferrajoli's garantism. Op. cit., p. 35.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 35.

plano constitucional, os direitos fundamentais dos indivíduos<sup>13</sup>. No mesmo sentido, em 1970, o *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, de Salvatore Battaglia, concedeu-se ao termo dois significados que se inter-relacionam.

Inicialmente, o garantismo foi definido como o

(...) caráter próprio das constituições democrático-liberais mais evoluídas, consistente no fato que essas estabelecem instrumentos jurídicos sempre mais seguros e eficientes com a finalidade de assegurar a observância das normas e dos ordenamentos por parte do poder político. Posteriormente, é definido como a doutrina político-constitucional que propõe uma sempre mais ampla elaboração e introdução de tais instrumentos.<sup>14</sup>

As definições caminharam para a dimensão de um constitucionalismo rígido, e respectivamente uma teoria normativa de direito.

No terreno do direito penal, o garantismo alastra-se na linguagem filosófico-jurídica em 1970, com as pesquisas científicas desenvolvidas por Luigi Ferrajoli, em sua obra clássica *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Termo introduzido na Itália, como réplica à legislação e à jurisdição de emergência, que naqueles anos reduziram o já frágil sistema de garantias do devido processo, visava minimizar o poder punitivo por meio de sua rígida sujeição à lei, em que o direito penal é capaz de vincular a intervenção punitiva – na previsão legal dos crimes, bem como no accertamento judiciário – a limites rígidos impostos para a tutela dos direitos das pessoas. Quanto ao crime, os limites são as garantias penais substanciais: princípio da legalidade estrita ou da taxatividade dos fatos puníveis àqueles da ofensividade, materialidade e culpabilidade; quanto ao processo, correspondem às garantias processuais e do ordenamento: o contraditório, a paridade entre acusação e defesa, a separação entre juiz e acusação, a presunção de inocência, o ônus acusatório da prova, a oralidade e a publicidade do juízo, a independência interna e externa da magistratura e o princípio do juiz natural<sup>15</sup>. Neste sentido:

<sup>13</sup> MATTEUCCI, Nicola. Costituzionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. *Dizionario di politica*. Torino: UTET, 2004 (1976). p. 205.

<sup>14</sup> IPPOLITO, Dario. *Luigi Ferrajoli's garantism*. Op. cit., p. 36.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi. O garantismo e a esquerda. In: VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (Coord.). *Garantismo Penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 15-16.

Trata-se, de fato, de uma curvatura semântica produzida sucessivamente no tempo, quando, em relação à legislação emergencial com a qual a política italiana tentou enfrentar o terrorismo, na segunda metade dos anos setenta, a cultura jurídica, de orientação progressiva, reafirmou com força o primado dos direitos individuais de imunidade e de liberdade diante dos poderes punitivos do Estado (...). O Garantismo se apresenta como uma teoria do direito penal compreendido como instrumento de proteção dos direitos fundamentais tanto dos delitos quanto das penas arbitrarias, ou seja, como sistema de garantias idôneo a minimizar a violência na sociedade: a criminal, dos indivíduos singulares, e a institucional, dos aparatos repressivos<sup>16</sup>.

Dario Ippolito, ao tratar a teoria garantista, também realiza a distinção entre garantias penais substanciais e garantias processuais desenvolvidas por Luigi Ferrajoli.

As garantias penais substanciais são critérios normativos e limitativos da previsão legal dos delitos: o princípio da taxatividade, os princípios da materialidade e da ofensividade dos comportamentos puníveis, e o princípio da culpabilidade. As garantias processuais regulam a intervenção punitiva estatal na fase crucial da decisão judicial, formando com as primeiras um sistema fortemente coeso, voltado para salvaguarda da liberdade e para a minimização do arbítrio punitivo<sup>17</sup>.

Propondo uma clarificação do significado da expressão “garantismo”, em função dos múltiplos modos que a palavra passou a ser empregada desde sua origem, Luigi Ferrajoli a define como

(...) um neologismo introduzido na Itália, que, no velho léxico jurídico, como ‘garantia’, se entendia prevalentemente uma classe de institutos jusprivatistas, destinados a assegurar o cumprimento das obrigações e a proteção dos correspondentes *direitos patrimoniais* como o penhor, a hipoteca, a fiança e o aval. Atualmente, também como garantia, corresponde ao conjunto dos limites e dos vínculos impostos aos poderes públicos para a garantia dos *direitos fundamentais*<sup>18</sup>.

Em outras palavras:

<sup>16</sup> IPPOLITO, Dario. Luigi Ferrajoli’s garantism. Op. cit., p. 36.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>18</sup> FERRAJOLI, Luigi. O garantismo e a esquerda. Op. cit., p. 15.

Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja a satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade<sup>19</sup>.

Luigi Ferrajoli, visando assegurar ao indivíduo a primazia de seus direitos fundamentais, extrai três significados da palavra garantismo, conexos entre si, que não possuem conotação exclusivamente penal, pelo contrário, tem um alcance teórico e filosófico geral. Os significados centralizam os elementos de uma Teoria Geral do Garantismo, aplicável a todos os ramos do ordenamento jurídico. A partir destes elementos, “é possível elaborar, com referência a outros direitos fundamentais e a outras técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade”.<sup>20</sup>

Os significados designam o garantismo como: 1) um modelo normativo de direito; 2) uma teoria jurídica de “validade” e da “efetividade”, como categorias distintas não só entre si, mas também, pela “existência” ou “vigor” das normas e 3) filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus de justificação externa com base nos bens e interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.

No primeiro significado, para Luigi Ferrajoli, o sistema é garantista quando compatível com as exigências próprias do Estado de Direito. As exigências estruturam-se ao modelo da estrita legalidade, em que todos os poderes estão submetidos a uma lei maior, constatando-se em três planos, que se interrelacionam: o epistemológico, o político e o jurídico.

Sob o plano epistemológico, se caracteriza como um sistema de poder mínimo<sup>21</sup>. No plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a

<sup>19</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica (et al). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 312.

<sup>20</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 788.

<sup>21</sup> “Intervenção mínima não é o mesmo que *abolicionismo* – extinção do direito penal – e nem o mesmo que *substitutivismo* – extinção do direito penal, com adoção de pedagogias sociais e terapêuticas, de cunho correicional, mas coercitivo. Qualquer que permaneça sendo a justificativa para a legitimação (mínima, que seja) da intervenção penal, referido modelo garantista não propugna e nem institui pautas interpretativas que, à maneira do *favor rei* ou *in dubio pro reo*, tendam sempre para a inaplicabilidade concreta do Direito Penal. Este é um ponto crucial. Sobretudo, por uma razão: a intervenção mínima é dirigida à tutela penal dos direitos fundamentais. É dizer: uma vez legitimada a intervenção penal, nos casos em que seja constitucionalmente válida a incriminação e a apenação, não pode haver preferências valorativas em um ou outro sentido (condenação ou absolvição)”.

violência e ampliar a liberdade e, por fim, sob o plano jurídico, como instrumento que vincula o poder punitivo do Estado, em garantia dos direitos dos cidadãos<sup>22</sup>.

No segundo significado, o termo garantismo coloca como questão teórica central a divergência existente nos ordenamentos complexos entre os modelos normativos garantistas e práticas operacionais antigarantistas, interpretando-a com a antinomia que subsiste entre validade e efetividade, respectivamente. Neste sentido, o garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito<sup>23</sup>, a partir do espírito crítico e da incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações.

Numa segunda concepção, o garantismo pode ser entendido como uma teoria de validade e de efetividade, relacionada diretamente com a ideia de vigência e existência das normas. Busca-se, neste sentido, uma diferenciação entre validade e vigência, de forma a confrontar a possibilidade de existência de normas dentro do ordenamento jurídico que, embora vigentes, não podem ser consideradas válidas, principalmente, por sua não conformidade com valores constitucionais<sup>24</sup>.

Nesta definição, Luigi Ferrajoli estabelece uma nítida diferença entre vigência, validade e eficácia. Uma norma possui vigência quando no ato da aprovação, se submete a todo o trâmite legislativo previsto na Constituição. A validade da norma exige a sua compatibilidade com a Constituição Federal, sem lesar ou afrontar as garantias e os direitos fundamentais resguardados. Por fim, a norma é eficaz quando é observada pelos órgãos responsáveis e aplicada aos destinatários.

Nesse sentido, ao prescrever que os atos emanados do poder público não se presumem regulares, considerando que as normas jurídicas não se esgotam no juízo de vigência, o modelo garantista nega os pressupostos do positivismo dogmático. O caráter meramente formal, atribuído a legalidade, não vincula a norma a nenhum fim determinado, como também não delimita o raio de intervenção. Assim,

---

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Garantismo*. Disponível em: <<http://eugeniopacelli.com.br/prefacios/garantismo/>> Acesso em: 23 set. 2013.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 786.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 786.

<sup>24</sup> PAULA, Francine Machado de. Da revista íntima nos estabelecimentos prisionais em dias de visita: uma violação direta a direitos fundamentais. In: VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (Coord.). *Garantismo penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205.

como a validade da norma não se identifica com sua existência, afasta-se a concepção puramente formal, para identificá-la, a partir do significado de seus conteúdos resguardados constitucionalmente.

O terceiro significado, ao designar uma filosofia política, propõe a assunção para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo, com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou garantia constituem a finalidade. Para Luigi Ferrajoli, esta assunção de um ponto de vista externo ou político forma o pressuposto de toda a doutrina democrática dos poderes do Estado. O atrofiamento do ponto de vista externo ou a explícita confusão com o ponto de vista interno geram políticas autoritárias<sup>25</sup>. O garantismo, nesta concepção, reduz o poder por meio do direito. Dentre as garantias limitadoras do poder estatal, Luigi Ferrajoli estrutura as garantias em duas classes, as primárias - que são as garantias dos direitos fundamentais dos cidadãos - e as garantias secundárias - que enunciam a condições formais sobre como decidir.

Essas garantias, positivadas nas Constituições dos Estados modernos, constituem a sustentação do constitucionalismo rígido, modelo de direito e de sistema político, assentado, na segunda metade do século XX nas democracias avançadas e caracterizado pela sujeição de todos os poderes à lei<sup>26</sup>.

Reunindo os três significados, verifica-se que a Teoria Geral do Garantismo, traçada pelo italiano, delinea-se, considerando os seguintes elementos:

o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes<sup>27</sup>.

Para Luigi Ferrajoli, “o garantismo é a conotação funcional de uma específica formação moderna que é o Estado de Direito”.<sup>28</sup> Este, não corresponde simplesmente a um Estado regulado pelas leis, mas, um modelo que determina

<sup>25</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 788.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Trad. José Manuel Díaz Martín. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2000. p. 134.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 788.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 789.

formas e procedimentos dos poderes públicos subordinados à lei, e vinculados aos direitos fundamentais<sup>29</sup>. Caracteriza-se:

a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo o poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes; b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária<sup>30</sup>.

Apesar da leitura reducionista e do uso restrito ao âmbito penal, a teoria ferrajoliana é uma Teoria Geral do Direito, que propõe “definir uma teoria do garantismo de direitos fundamentais, não apenas do direito a liberdade que permite analisar o modelo normativo penal e processual penal, mas principalmente os direitos sociais<sup>31</sup>”. Assim, em uma concepção mais alargada, entende-se como um “modelo de direito fundado sobre a rígida subordinação à lei de todos os poderes sobre seus vínculos impostos para a garantia dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição.”<sup>32</sup>

Para Amilton Bueno Carvalho e Salo de Carvalho, defensores da teoria garantista ferrajoliana:

<sup>29</sup> O Estado legislativo de direito representou a primeira aproximação da meta política voltada para o antigo ideal do “governo de leis”. Este estado, todavia, não constitui a completa institucionalização do paradigma ideal do Estado de direito, no qual o ordenamento jurídico impõe aos poderes públicos o escopo de salvaguardar os direitos subjetivos. A sua incompletude em relação a um simile modelo estatal consiste no fato que o caráter meramente formal do princípio da legalidade não vincula a lei a nenhum fim determinado e não lhe circunscreve em nenhuma maneira o raio de intervenção. A lei, que condiciona os atos jurídicos a essa subordinados, sujeitando os poderes jurisdicionais, administrativos, executivos e de autonomia privada dos quais os atos são o exercício, não sofre condicionamento algum: o poder do qual esta decorre, portanto, resta um poder absoluto, de cuja vontade discricionária imperativa vão depender a existência e a tutela dos direitos subjetivos. O Estado legislativo de direito, portanto, pode ser definido como um Estado legal mais que um Estado de direito em sentido estrito, enquanto formaliza um sistema de governo *per leges*, mas não *sub lege*. IPPOLITO, Dário. Luigi Ferrajoli’s garantism. Op. cit., p. 39.

<sup>30</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 790.

<sup>31</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Os direitos fundamentais em Ferrajoli: limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito. In: VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (Coord.). *Garantismo penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 70.

<sup>32</sup> FERRAJOLI, Luigi. *O garantismo e a esquerda*. Op. cit., p. 16.

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumento prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados<sup>33</sup>.

A proposta garantista defende um Estado minimizador das restrições de liberdade dos cidadãos, buscando a máxima intervenção estatal para a garantia dos direitos sociais. Desta forma, o termo “garantismo” identifica-se ao Estado Constitucional de Direito, em que “designa o conjunto dos limites e dos vínculos idôneos para garantir e para atuar, e por isso, para assegurar a máxima efetividade às promessas constitucionais”<sup>34</sup>.

Luigi Ferrajoli defende, inicialmente, que o Direito Penal foi o terreno sobre o qual foram elaborados os primeiros lineamentos do Estado de Direito como sistema de limites ao poder punitivo, posteriormente alargados, no Estado Constitucional de Direito, a todos os poderes e à garantia de todos, principalmente em duas direções: de um lado, não somente o poder judiciário, como também o poder legislativo e o executivo, incluindo-se os poderes privados; de outro lado, todos os direitos, não limitando-se aos de liberdade, englobando também, aqueles sociais, com consequentes obrigações, além de proibições, a cargo da esfera pública<sup>35</sup>.

O garantismo como dimensão do constitucionalismo, opõe-se ao constitucionalismo antigo, “fundado em um conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder”<sup>36</sup>. Os movimentos constitucionais, geradores do constitucionalismo moderno<sup>37</sup>, apresentam-o como uma teoria normativa da política, que representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2002. p. 19.

<sup>34</sup> FERRAJOLI, Luigi. *O garantismo e a esquerda*. Op. cit., p. 17.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 16-17.

<sup>36</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52.

<sup>37</sup> O constitucional moderno legitima a constituição moderna, que é a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político, pretendendo não só ordenar, fundar e limitar o poder punitivo, como também reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Ibidem, p. 52.

<sup>38</sup> Ibid., p. 51-52.

Na acepção histórico-descritiva, o constitucionalismo moderno designa o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir do século XVIII questiona nos planos político, filosófico e jurídico, os esquemas tradicionais do domínio político, propondo, ao mesmo tempo, a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político<sup>39</sup>. Portanto, para José Joaquim Gomes Canotilho, “constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”<sup>40</sup>. O constitucionalismo parte de um Estado regido por leis e submetido ao direito. Neste sentido, este moderno modelo, para Luigi Ferrajoli:

(...) equivale, como sistema jurídico, a um conjunto de limites e de vínculos impostos a todos os poderes, inclusive àquele legislativo; e, como teoria do direito, a uma concepção de validade das leis que não é mais ancorada apenas na conformidade das suas formas às normas procedurais sobre a sua elaboração, mas também à coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos<sup>41</sup>.

O ponto de partida para a construção da teoria garantista é o princípio da legalidade, que aliado aos preceitos constitucionais condiciona e limita o arbítrio estatal. Por meio de critérios de racionalidade, o garantismo se vincula ao Estado de Direito, incorporando os princípios e objetivos do Estado como elementos constitutivos do próprio ordenamento. Há limites não somente formais, mas, também, substanciais ao exercício de qualquer poder. As Constituições possuem princípios políticos e jurídicos de uma determinada comunidade política, limitando o exercício do poder e delimitando a legislação que condiciona a forma do poder, como também, seus conteúdos. Deste modo, um Estado de direito que tenha sua forma e conteúdo regulado pela lei, orientados por uma Constituição, aproxima-se do garantismo<sup>42</sup>.

Neste sentido, Norberto Bobbio expressa que o sistema normativo garantista corresponde a “construção das vigas-mestras do Estado de Direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas

<sup>39</sup> Ibid., p. 52.

<sup>40</sup> Ibid., p. 52.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Trad. de André Karam Trindade. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>> Acesso em: 20 set. 2013.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 789-790.

de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no direito penal”<sup>43</sup>. Em matéria penal, como a intervenção estatal gera grandes consequências na liberdade do cidadão, Luigi Ferrajoli “debruça cuidadosamente sobre as principais características do ato jurisdicional, enquanto ato de autoridade pública, dotado de coercibilidade estatal.”<sup>44</sup> ”

Em outras palavras, o garantismo penal, partindo do modelo de Estado Constitucional de Direito, em especial no que tange as relações entre o poder público e o particular, estabelece, por meio de uma série de garantias - que são condições *sine qua non* para a afirmação de responsabilidade criminal - limites para a contenção da nascente e crescente liberdade judiciária. Nesse sentido, pode-se afirmar que a decisão no procedimento penal não deve ser reflexo de uma manifestação de poder e autoridade, pelo contrário, deve se construída em um procedimento judicial, que observe as garantias constitucionais, a partir do mais amplo debate e conhecimento dos fatos, bem como, a mais ampla argumentação jurídica.

Para tanto, é necessário aprofundar o estudo sobre a evolução do poder punitivo e da liberdade no processo penal e a interação com o modelo penal garantista, o que se pretende desenvolver nos próximos tópicos.

## 1.2. A leitura do poder punitivo e da liberdade no processo penal brasileiro

A riqueza e a complexidade da palavra “liberdade” deriva de uma dimensão histórica plurissecular, muito notável, principalmente sobre seu valor político e jurídico. A especificação do termo implica uma determinada visão do sujeito e do Estado, constituídos no decorrer da história em diversos contextos culturais.

A expressão “Estado” somente passou a ocupar o centro do discurso político-jurídico do século XIX. Amplamente empregada em diversos âmbitos do saber, a delimitação de seu uso depende da definição prévia do conceito adotado.

<sup>43</sup> BOBBIO, Norberto. Prefácio. In FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 7.

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev e ampl. atual. de acordo com as Leis n° 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. p. 34.

Na perspectiva do Direito, o Estado, enquanto organização política do poder, pode e deve ser examinado segundo a justificação desse poder, e por consequência, sua finalidade<sup>45</sup>.

No período clássico, o Estado (*politéia*) legitimou-se pela sua finalidade ética. Na Grécia, caracterizava-se um “Estado para”, voltado para realizar o bem para o indivíduo, enquanto existente numa comunidade. Já em Roma, o Estado configura todo um comportamento da comunidade por regras e princípios, assumindo uma característica específica de formar o indivíduo não apenas para a felicidade, mas para servir a comunidade. A finalidade mais importante do Estado é garantir aos indivíduos o justo, e o justo é o direito de cada um<sup>46</sup>.

Na cultura político-jurídica medieval, a ordem política era hierarquicamente estruturada. Havia uma pluralidade de centros de poder, que encontravam na soberania do monarca o eixo da ordem e legitimidade. A unidade do todo fundava-se na desigualdade das partes, evidenciada na diferenciação social, política e jurídica dos *status* dos sujeitos. A ordem existente não dependia da vontade “despótica” do detentor do poder, ela era inserida na natureza própria dos seres e repousava sobre suas diferenciações objetivas<sup>47</sup>.

Neste período, prevalece a “liberdade antiga”, “situada no extremo de uma relação que tem como extremo oposto a escravidão: a liberdade é a condição de um indivíduo que dispõe de si mesmo, diferentemente de alguém que dependa da vontade “despótica” de um outro”<sup>48</sup>. Livre é o não escravo, assim, a independência de um indivíduo encontrava forte vínculo com a comunidade política a que pertencia:

Não falta consciência de uma dimensão “individual” da liberdade: a liberdade, porém, não é um atributo do indivíduo como tal, nem é referível a todo indivíduo: deve ser colocada em relação de oposição com a escravidão, deve ser frente a uma estrutura familiar hierarquicamente organizada em torno de uma figura dominante do *pater*, deve, enfim, estar ligada à relação de pertencimento à comunidade política<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 11.

<sup>46</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 2, 1998. Disponível em: <[http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/1998/02/-sumario?next=3](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/02/-sumario?next=3)>. Acesso em: 12 nov. 2013.

<sup>47</sup> COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 82.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 224.

Os pressupostos da liberdade medieval não desapareceram com o final do mundo antigo e o colapso do império romano, permanecendo como termos de referência na “idade do meio”, que separou a antiguidade grego-romana do período moderno. Neste período, o indivíduo define-se em relação aos corpos e poderes dos quais depende, sendo um sujeito livre enquanto dispensado de uma prestação ou obediência. Em outras palavras, a liberdade indica uma isenção, imunidade.

O jusnaturalismo rompeu fortemente com a tradição medieval. A ordem<sup>50</sup>, até então existente, torna-se um problema, cuja solução requer o protagonismo dos sujeitos. Discorrendo sobre o novo paradigma, Pietro Costa assevera que a ordem deixa de ser inscrita na natureza da convivência humana, amparada em diferenciações objetivas, para ser construída, inventada. Os soberanos tornam-se um indispensável veículo de uma ordem artificial, que concentra em si os poderes de todos os sujeitos. Pode-se afirmar que “o povo não é mais concebido como uma soma de sujeitos isolados, mas como uma totalidade ordenada e organizada, representada por seus melhores em face ao soberano”<sup>51</sup>, e este, exprime a vontade contratual dos sujeitos.

São os sujeitos que “inventam” o soberano e a este fim concordam “contratualmente”. O “contrato social” é a figura retórica com a qual os jusnaturalistas introduzem uma nova imagem de soberania (uma soberania artificial e funcional às necessidades dos sujeitos) e requerem um novo fundamento de legitimidade: o consenso<sup>52</sup>.

A soberania inventada para a instauração da ordem é reclamada para garantir a segurança dos sujeitos. “A ação e interação dos indivíduos giram em torno do dualismo “liberdade-propriedade”, e o soberano age legitimamente enquanto tutela e reforça a liberdade-propriedade dos cidadãos”<sup>53</sup>. Manter o funcionamento da sociedade, com a proteção dos direitos individuais, é o fim principal do Estado, que é

---

<sup>50</sup> Pietro Costa, citando Hobbes, relata que a liberdade e ordem são incompatíveis: somente o poder absoluto do soberano está em condições de colocar fim ao conflito e assegurar a conservação de todos. A ordem é definida e conservada pela força e pela lei do soberano, enquanto a liberdade dos súditos começa onde a lei termina: uma vez criada a ordem política, a esfera de liberdade dos súditos coincide com o âmbito de ações juridicamente não regulado do soberano. Ibid., p. 227. Se para Hobbes, liberdade e lei são ligadas por uma relação de recíproca exclusão (a liberdade começa onde termina o comando da lei), para Locke a liberdade encontra na lei um suporte e um aliado. Ibid., p. 228.

<sup>51</sup> Ibid., p. 86.

<sup>52</sup> Ibid., p. 88.

<sup>53</sup> Ibid., p. 90 - 91.

autorizado a acionar a força coativa para impedir a violação das regras do jogo, ou seja, a liberdade e a propriedade. Nesta perspectiva, o indivíduo é livre enquanto capaz de desenvolver as suas energias criativas apropriando-se dos bens.

A partir da Revolução Francesa, o poder político passou a legitimar-se pela sua origem, pela técnica com que o poder se exerce e pela finalidade. A origem legítima do poder está na vontade do povo, pelo seu consentimento, pela técnica que se exerce a partir de procedimentos pré-estabelecidos.

Portanto, verifica-se que a criação de mecanismos para a defesa dos cidadãos, frente ao poder e à atuação estatal, assumiu características próprias no Estado que surgiu a partir do século XIX. Como resposta às exigências provenientes da burguesia, que tinha como objetivo conter os abusos do poder tradicional, baseado no patrimonialismo e clientelismo, o novo Estado busca transformar, profundamente, as relações pessoais e patrimoniais.

O novo tipo de dominação dá-se a partir de um cálculo racional utilitário do dominado entre as vantagens de obediência e as desvantagens da desobediência, à ordem do soberano, corporificada em norma legal, impessoal e genérica, com previsão de consequências jurídicas<sup>54</sup>. Primeiramente, agindo *per leges*, o aparato de dominação expressa-se não por meio de privilégio ou ações particulares, mas mediante de leis gerais e abstratas. De forma sucinta, Sérgio Cademartori apresenta como principais características do governo *per leges*:

a) a generalidade da norma, na medida que esta apresenta-se conectada a todos os sujeitos ao ordenamento. Isto comporta uma normatividade média que reduz o risco de expressão injusta ou desenfreada do poder, o que é condição prévia da sua função niveladora, ao ser mais resistente ao privilégio e à discriminação; b) a abstração, enquanto segunda exigência dirigida à lei, supõe que a mesma deverá referir-se a situações nas quais qualquer pessoa possa encontrar-se; c) além disso a norma deve ser fruto da vontade geral, para que assim se evite que aqueles governos absolutistas ou autoritários que se expressam através de normas gerais e abstratas possam ser consideradas Estados de Direito<sup>55</sup>.

Nesse vizez, estabelecida a forma jurídica do poder, superando o absolutismo real, o direito se transforma no único meio legítimo de expressão do poder político.

---

<sup>54</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 18.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 23.

Segundo o citado autor, dizer que o poder se expressa juridicamente implica em procedimentalizar o exercício do poder.

A expressão sob forma jurídica é na verdade um limite ao Estado, na medida em que se transforma num marco formal que pode ser regulamentado, que pode criar suas próprias condições de reprodução e controle. É destarte o pressuposto do governo *per leges*: pressupõe uma escolha inicial pela interdição da arbitrariedade, pela previsibilidade da solução jurídica e pela demarcação das condições do exercício do poder perante outras formas informalizadas de seu exercício<sup>56</sup>.

A superação da forma legislativa ocorre a partir da exigência da vinculação e submissão dos poderes públicos ao direito, ou seja, caracteriza-se um governo *sub lege*. Essa vinculação, em sentido lato, estabelece que qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e procedimentos estabelecidos, e em sentido estrito, preceitua que o poder deve ser limitado pela lei, que condiciona formas e também o conteúdo<sup>57</sup>.

Com a submissão do poder ao Direito, este deixa de ser um instrumento do qual o poder dispõe livre e arbitrariamente e passa a ser uma instância que disciplina e limita o seu exercício. A negação de qualquer fundamento transcendental da autoridade política e de toda ordem natural prévia ao direito positivo teve como consequência a necessidade de uma nova justificação da autoridade, o que determina a criação de uma imagem irreal do Estado que se auto-proclama integrador e igualitarista, orientado à garantia da vida, da propriedade e da liberdade dos indivíduos aos quais está subordinado<sup>58</sup>.

A dificuldade de assegurar seus próprios pressupostos, em especial no que tange a capacidade para regular adequadamente a vida social e política, levou a crise do Estado de Direito<sup>59</sup>, determinando a aparição do modelo constitucional de

---

<sup>56</sup> Ibid., p. 22.

<sup>57</sup> Ibid., p. 24.

<sup>58</sup> Ibid., p. 24-25.

<sup>59</sup> Segundo Sérgio Cademartori, a crise manifesta-se em dois vetores: a) o Estado de Direito não nasce somente como um expediente técnico-jurídico ou um princípio formal de organização institucional. Por trás dessa vertente técnico-organizativa, subjaz uma forte dimensão axiológica que o fundamenta e define, qual seja, a afirmação da primazia do pessoal e social nas relações com o poder. A dificuldade de se assegurar os próprios pressupostos manifesta-se nas primeiras décadas do séc. XX, ao verificar-se experiências políticas concretas que evidenciaram os riscos inerentes ao absolutismo legislativo, bem como a insuportável desviação entre o modelo liberal e a sua praxis social e econômica. Este processo atinge seu paroxismo com os Estados totalitários, os quais no entanto se viam como Estados de Direito na medida em que se excluía a arbitrariedade pública, e o respeito à lei era assegurado; b) outro fator da crise da lei e do Estado legislativo será a constatação

Estado, que pressupõe o carácter normativo das Constituições, as quais passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os poderes do Estado<sup>60</sup>. Um Estado onde tanto a atividade administrativa quanto o trabalho do legislador sejam submetidos a vínculos controláveis por adequados órgãos jurisdicionais<sup>61</sup>.

O constitucionalismo deste século é uma tentativa de superar a debilidade estrutural do âmbito jurídico. A afirmação do carácter jurídico e imediatamente vinculante da Constituição, a sua rigidez e a qualificação de determinados referentes jurídicos, tais como são os direitos fundamentais, são signos deste processo. Afirma-se, em consequência, que a forma constitucional cria um referente indisponível de legitimidade para o exercício do poder político: a sua própria forma de exercício – submetida ao direito, democrática, de garantia - e os âmbitos de exclusão, como é o caso dos direitos fundamentais<sup>62</sup>.

O Estado Constitucional não só garante a aplicação do direito privado, como também declara o direito dos indivíduos, estabelecendo a forma do exercício do poder pelo povo, reconhecido como seu único detento<sup>63</sup>. Assim, “(...) os direitos fundamentais passam a ser então o alicerce das democracias modernas, já que sem o seu reconhecimento e proteção, aquela se inviabiliza”<sup>64</sup>, sendo dever do Estado a tutela efetiva destes direitos previstos constitucionalmente. É nesta perspectiva, que vislumbra-se a “liberdade dos modernos”, que tem como principal pressuposto a valorização do indivíduo, titular de direitos que nem o Estado e outros sujeitos podem violar<sup>65</sup>.

---

do carácter conflitivo da realidade social e da não-neutralidade do direito com respeito aos conflitos sociais. Existe então uma tomada de consciência de que o direito, longe de situar-se num âmbito separado do real, é ele parte do conflito social. A norma geral e abstrata da deixa de ser considerada o instrumento adequado para assegurar a paz social e, particularmente, a indisponibilidade daqueles valores e princípios com respeito aos quais existe um amplo consenso social, tais como são os direitos fundamentais. *Ibid.*, p. 26-27.

<sup>60</sup> As normas constitucionais são vinculantes – de tal modo que resta assim superada definitivamente a imagem fraca da juridicidade constitucional característica do período liberal – e estarão situadas acima dos poderes do Estado e fora do campo de ação e conflito políticos. Desta forma, os poderes do Estado não podem dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais – pelo menos em condições de normalidade – e, precisamente por isso, do próprio Direito enquanto realidade constituída. Nos sistemas com Constituições rígidas, não é possível a disposição, por parte dos poderes majoritários, da norma constitucional. Esta rigidez acresce à supremacia da Constituição sobre as demais normas jurídicas. *Ibid.*, p. 26-28.

<sup>61</sup> COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Op. cit., p. 95.

<sup>62</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*. Op. cit., p. 29.

<sup>63</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. Op. cit.

<sup>64</sup> CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*. Op. cit., p. 32.

<sup>65</sup> COSTA, Pietro. Op. cit., p. 224-225.

No âmbito penal, as formas de controle social adaptaram-se às novas condições sociais e culturais que emergiram ao longo do tempo. A vingança privada foi suprida e a conduta externa dos indivíduos passou a ser regulada por um conjunto de regras jurídicas, impostas pelo poder estatal, que, uma vez violadas, passariam a gerar, na esfera penal, sanções penais. Neste sentido, a vida social passa a “desenvolver-se segundo o que estatuem as regras jurídicas, ao lado das normas e preceitos do Direito existem sanções que, procurando tornar estes invioláveis, determinam quais as consequências dos atos ilícitos”<sup>66</sup>.

A promulgação das normas penais incriminadoras decorre, no campo estritamente jurídico, do poder soberano do Estado, de seu *jus imperii*. Trata-se de poder limitado, pois o Estado, segundo lembra Ranelletti, não pode violar as fronteiras que lhe são traçadas pelo direito. Ou, como dizia Arturo Rocco, não se concebe no Estado moderno o exercício da soberania, senão com a sujeição ao Direito<sup>67</sup>.

Segundo Cesare Beccaria, primeiramente o poder punitivo funda-se da necessidade humana de ceder uma menor porção da parcela de sua liberdade, para, usufruir o restante com mais segurança. Constituídas algumas sociedades, logo se formaram outras, pela necessidade de se resistir às primeiras. As leis foram condições que agruparam os homens, à superfície da terra, que viviam fatigados de só viver em meio a temores, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la torna inútil. O abuso faz figurar o poder ilegítimo, que deve ser afastado<sup>68</sup>.

Para Eugênio Raúl Zaffaroni, a característica diferencial do poder punitivo é o confisco do conflito, a verticalização interna, que consiste na usurpação do lugar de quem sofre o dano ou é vítima, transferindo-se ao poder público a capacidade de decisão dos conflitos. Assim, pode-se afirmar que “o sujeito ativo do direito de punir é sempre o Estado-Administração, e, nunca, o titular privado do bem jurídico atingido pelo crime”<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997. p. 20.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>68</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p.19-20.

<sup>69</sup> MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas, 1997, Bookseller, p. 167

É certo que desde o momento da confiscação da vítima, o poder público adquiriu uma enorme capacidade de decisão (não de solução) nos conflitos, e também, conseqüentemente, de arbitrariedade, uma vez que não apenas seleciona livremente as poucas pessoas sobre as quais, em casos contados, quer exercer o poder, bem como a medida e a forma em que decide fazê-lo. Para tal, exerce um constante poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade e, em especial, sobre os que supõe ser, real ou potencialmente, daninhos para a hierarquização social<sup>70</sup>.

A prática da conduta delituosa transforma o *jus puniendi* em abstrato do Estado em concreto, originando a obrigação do violador sujeitar-se à pena prevista, observada a garantia do devido processo legal.

O *jus puniendi* pertence, pois, ao Estado, como uma das expressões mais características da sua soberania. Observe-se, contudo, que o *jus puniendi* existe *in abstracto* e *in concreto*. Com efeito, quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o *jus puniendi* num plano abstrato e, para o particular, o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida. Surge, assim, com a prática da infração penal, a “pretensão punitiva”. Desse modo, o Estado pode exigir que o interesse do autor da conduta punível em conservar a sua liberdade se subordine ao seu, que é o de restringir o *jus libertatis* com a inflicção da pena<sup>71</sup>.

A atividade punitiva estatal tem a função de aplicar a pena estabelecida, em abstrato, como também, proteger os cidadãos contra os atos abusivos do Estado, para tanto, “o exercício do poder punitivo está condicionado e é condicionante da atuação estatal”<sup>72</sup>. Ou seja, o Estado é autolimitado e deve atuar observando os direitos individuais constitucionalmente previstos. Para o Estado exercer o poder-dever do *jus puniendi*, impõe-se a necessidade de observar a estrutura preestabelecida, pelo mesmo Estado. Em outras palavras, o direito de punir somente efetiva-se e legitíma-se, por meio de um processo penal constitucional. Assim, a atuação estatal somente justifica-se enquanto meio que tem como fim a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos, em benefício de cada um e da coletividade. Neste sentido, pode-se afirmar, portanto, que “o processo penal como instituição

<sup>70</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 31.

<sup>71</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. rev. e atual. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10

<sup>72</sup> LOPES JR. Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 40.

estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena (...) é o instrumento por meio do qual se concretiza e se pode exercer o poder-dever punitivo do processo penal”<sup>73</sup>.

A definição e as características do poder punitivo estão diretamente relacionadas aos regimes políticos estatais. A forma de se exercer o “poder” estabelece a política criminal a ser adotada pelo Estado, ampliando ou restringindo-se a atuação estatal. Neste sentido, Bettiol defende que toda disciplina de coerção pessoal é função de uma opção política entre a “razão de Estado” e a “razão individual”, portanto, o processo penal é de natureza intrinsecamente política<sup>74</sup>. O fato de a Constituição conter numerosas disposições de atuação imediata no campo processual, demonstra o cuidado vigilante que o Constituinte dedica a um setor tão delicado das relações entre o Estado e o cidadão, indicando, por outro a natureza constitucional, e portanto, política, de tais regras fundamentais do processo<sup>75</sup>. Apontando os problemas da natureza política do processo penal, assevera Bettiol:

O problema político do processo penal se sintetiza nisso: ou se trata de um instrumento autoritário (vulgarmente uma “purga”) a usar para fins de “desinfecção social, através da eliminação dos elementos anti-sociais (ou da sua “recuperação”) (...); ou de um meio de que o Estado se serve em homenagem a um critério de justiça retributiva para determinar a culpa de um arguido e, portanto, para garantir para além do domicílio da culpa, o espaço da liberdade<sup>76</sup>.

Contudo, em sentido contrário, Rui Pinheiro e Artur Maurício defendem que estabelecer a relação Estado-indivíduo e razão de Estados, é fazer esquecer a verdadeira natureza do fenômeno político em uma sociedade de classes, pretendendo que o Estado represente uma entidade super-classista, pronta para abater o seu poder repressivo sobre o indivíduo. Assim, não há interesses opostos do Estado e do indivíduo, mas oposição de classes em que o Estado representa os interesses da classe dominante<sup>77</sup>.

Apesar das divergências de pensamento, é certo que o direito de punir do Estado oscila a partir da política criminal adotada. Nos Estados totalitários,

---

<sup>73</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>74</sup> Bettiol *apud* PINHEIRO, Rui; MAURICIO, Artur. *A constituição e o processo penal*. Lisboa: Coimbra Editora, 1976(reimpressão 2007). p. 11.

<sup>75</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>76</sup> Ibid., p. 15-16.

<sup>77</sup> Ibid., p. 15.

marcados pela repressão e controle, o Estado, por meio de um sistema inquisitivo, atua de forma arbitrária e excessiva, mitigando direitos e garantias fundamentais, em favor de um pretense interesse coletivo de punir o acusado. Por meio de um procedimento sigiloso, de absoluta submissão do acusado, o juiz concentra as funções de acusar, defender e julgar, colocando-se em uma posição hierarquicamente superior às partes da relação processual.

O sistema inquisitório está ligado ao mito da verdade real. Apontado pela doutrina como princípio da verdade real e também conhecido como verdade substancial ou verdade material, é possível, segundo este sistema, sustentar o argumento da relevância dos interesses tratados no processo penal tais como se fossem autorizadores da busca mais ampla e intensa da verdade e isso a qualquer custo. O que justificaria e legitimaria atos abusivos do Estado pode ser relacionado com o que, aleatoriamente, e sem razões pautadas pelo direito “o Estado reservou para si o soberano poder-dever de aplicar as sanções previstas em lei, incumbindo a seus órgãos a obrigação de investigar a verdade do fato para que se possa exercitar, com absoluta isenção e correção, o jus puniendi”<sup>78</sup>.

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implementação da idéia a cerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal<sup>79</sup>.

Em um Estado Constitucional Democrático de Direito, o poder punitivo é mitigado pelas garantias e direitos fundamentais.<sup>80</sup> O ordenamento jurídico não prevê arbitrariedades ou abusos de poder, sendo inadmissível uma atuação estatal ilimitada. O poder punitivo é limitado por princípios e critérios normativos que tem como escopo garantir direitos e liberdades.

<sup>78</sup> BARROS, Marcos Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011. p. 34.

<sup>79</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Op. cit., p. 330.

<sup>80</sup> Não houve nenhum direito fundamental, na história do homem, que tivesse caído do céu ou nascido de uma escrivanhinha, já escrito e confeccionado nas cartas constitucionais. Todos são frutos de conflitos, às vezes seculares, e foram conquistados com revoluções e rupturas, a preço de transgressões, repressões, sacrifícios e sofrimentos: primeiro, os direito a vida e a garantia do habeas corpus, depois a liberdade de consciência e de culto, sucessivamente a liberdade de opinião e de imprensa, mais recentemente a liberdade de associação e reunião, e por fim o direito de greve e os direitos sociais. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 755 - 756.

O Estado Democrático de Direito vem afirmar que a segurança jurídica que um cidadão pode obter do Estado traduz-se, por exemplo, numa medida jurisdicional ampla, onde ele tenha não apenas acesso livre, mas também que a decisão seja o resultado de uma profunda discussão racional em que as partes (potencialmente) puderam, em conjunto, reconstruir o evento e cada uma levantar suas pretensões a direito: que o juiz, por sua vez, forme seu convencimento a partir daquele produto discursivo, ao mesmo tempo em que sua decisão seja de tal forma que possa transcender o caso, ganhando com isso a universalidade própria a uma comunidade de princípios<sup>81</sup>.

Portanto, a restrição do direito de liberdade impõe a utilização da estrutura estabelecida pelo Estado, ou seja, exige-se o processo judicial justo que observe as garantias constitucionais. No entanto, os movimentos de repressão ao aumento da criminalidade estão conduzindo a um autoritarismo, que cada vez mais ocupa espaço no Estado Democrático de Direito. Para Maria Lúcia Karam, conforme aponta Zaffaroni, trata-se de um autoritarismo *cool*, que mantém as estruturas formais do Estado de Direito, mas reforça o Estado policial que sobrevive dentro dele. *Cool*, porque não se revela aos olhos distraídos da maioria, que voltada para seus cegos anseios de segurança, aprova e aplaude os avanços do poder punitivo concretizado na intervenção do sistema penal. Esta opção preferencial por uma maior intervenção do sistema penal produz uma desmedida ampliação do poder punitivo, aproximando democracias à Estados totalitários<sup>82</sup>. Neste sentido:

As autoritárias legislações de exceção rompem com o mínimo de racionalidade, com a transparência e com o necessário conteúdo ético que hão de orientar qualquer atividade estatal em um Estado de direito democrático, fazendo com que o processo penal se distancie de sua função de meio de tutela do indivíduo para se transformar em mero instrumento de realização do poder de punir<sup>83</sup>.

Há o endurecimento da norma penal, com a implementação de novos instrumentos jurídicos, amparados na ideia de que quanto maior o número de leis, maior é a segurança jurídica<sup>84</sup>, fazendo a sociedade acreditar que as normas incriminadoras do Direito Penal são a solução de todos os males que a aflinge.

---

<sup>81</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários do STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 291 – 292.

<sup>82</sup> KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3 . n. 5, p. 95-113. p. 97-98.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>84</sup> Quando o Direito se põe a correr no ritmo da urgência, opera-se uma importante mudança de paradigma, em que “o transitório tornou-se o habitual, a urgência tornou-se permanente”. OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999. p. 359.

Trata-se de prática antigarantistas fundadas em normatividade de emergência e de exceção, oriundas de interesses setoriais da sociedade, que enfraquecem o modelo constitucional de direito.

### 1.2.1. A releitura garantista do poder punitivo face à liberdade

Os contornos próprios da teoria garantista, estruturada em normas hierarquizadas e de conteúdo limitativo da atividade estatal, exige-nos uma releitura do poder punitivo e da liberdade, resguardando os valores constitucionais da dignidade humana, da paz, da igualdade e da liberdade plena, que necessariamente devem estar presentes, sob pena de deslegitimação do exercício do poder político.

O projeto de Luigi Ferrajoli é contribuir para uma reflexão sobre o que chama de crise de legitimidade que aflige os sistemas penais da atualidade quanto aos seus fundamentos filosóficos, jurídicos e políticos, construídos, todos eles, com o nascimento do moderno Estado de direito<sup>85</sup>. Para o italiano, o direito penal dos ordenamentos desenvolvidos funda-se em princípios que são, em muitos casos, fruto da tradição liberal do séc. XVIII, que apesar de contraditórios, originaram princípios garantistas que asseguram outros modelos de direito penal, historicamente concebidos. Assim, investigando os problemas da pena, do delito e do processo, a partir das interrogações *se, por que, quando e como castigar, proibir e julgar*, apresenta um conjunto de garantias penais e processuais, estruturadas em axiomas.

O novo paradigma normativo apresentado por Luigi Ferrajoli, baseado no máximo grau de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, estabelece critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, traçando um método de controle do arbítrio da atuação estatal na esfera penal. São limitações do *ius puniendi* estatal, formuladas a partir de onze termos: pena, delito, lei necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, juízo, acusação, prova e defesa, que se convertem em princípios jurídicos fundamentais ou derivados, interligados entre si, visando

---

<sup>85</sup> DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004. p. 102. (Coleção pensamento crítico).

“designar condição necessária para atribuição de pena dentro do modelo de direito penal que ele mesmo concorre em definir”<sup>86</sup>.

O modelo garantista de direito formula dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais que compõe todo o modelo de direito penal, enunciando uma condição *sine qua non*, isto é, uma garantia jurídica para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Trata-se de condição necessária para deslegitimar o exercício absoluto do potestade punitiva.<sup>87</sup>

A função específica das garantias no direito penal na realidade não é tanto permitir ou legitimar, senão muito mais condicionar ou vincular e, portanto, deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva. Precisamente porque “delito”, “lei”, “necessidade”, “ofensa”, “ação” e “culpabilidade” designam requisitos ou condições penais, enquanto “juízo”, “acusação”, “prova” e “defesa” designam requisitos ou condições processuais, os princípios que se exigem aos primeiros chamar-se-ão *garantias penais*, e os exigidos para os segundos, *garantias processuais*<sup>88</sup>.

Luigi Ferrajoli traça os axiomas<sup>89</sup> que foram elaborados pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, e que ao longo dos anos foram incorporados nas constituições dos ordenamentos desenvolvidos e converteram-se em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito. Os axiomas não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa.<sup>90</sup>

Os axiomas, convertidos em princípios são: A1 *Nulla poena sine crimine*, princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; A2 *Nullum crimen sine lege*, princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, princípio da necessidade ou da economia do direito penal; A4 *Nulla necessitas sine injuria*, princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; A5 *Nulla injuria sine actione*, princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; A6 *Nulla actio sine culpa*, princípio da culpabilidade ou

<sup>86</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 89 - 90.

<sup>87</sup> Ibidem, p. 90 - 91.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 90 - 91

<sup>89</sup> Axioma trata-se de premissa imediatamente evidente que se admite como universalmente verdadeira sem exigência de demonstração. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio eletrônico* – século XXI. São Paulo: Nova Fronteira, 1999.

<sup>90</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 90.

da responsabilidade pessoal; A7 *Nulla culpa sine iudicio*, princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; A8 *Nullum iudicium sine accusatione*, princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; A9 *Nulla accusatio sine probatione*, princípio do ônus da prova ou da verificação e A10 *Nulla probatio sine defensione*, princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.

Os princípios combinam-se entre si e podem ser aplicados como condição para o reconhecimento da prática do crime quanto como condição para a aplicação da pena. Eles são a base da teoria garantista. “Estes dez princípios, ordenados e conectados sistematicamente, definem – com certa força de expressão linguística – o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, isto é, as regras do jogo fundamental do direito penal”<sup>91</sup>.

O primeiro axioma garantista - A1 *Nulla poena sine crimine*<sup>92</sup> - preceitua que somente será possível a aplicação da pena quando praticada uma infração criminal. Para incidir a pena sobre o indivíduo, é necessário haver uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos.

A pena, segundo este princípio, é aplicável quando se tenha cometido um delito, que constituiu sua causa ou condição necessária e do qual se configura como efeito ou consequência. Graças a ele, a pena não é um *prius*, senão um *posterius*, não uma medida preventiva ou ante delictum, senão uma sanção retributiva ou post delictum.<sup>93</sup>

De acordo com a sequência princiológica das garantias proposta por Luigi Ferrajoli, o ilícito é uma condição normativa somente necessária, mas não suficiente para a aplicação de uma pena, que pode exigir condições ulteriores, dentre elas as condições de punibilidade e de procedibilidade, bem como as demais garantias penais e processuais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>92</sup> Preceitua Ferrajoli que Hans Kelsen simbolizou este nexu consequencial entre ilícito e sanção com a conhecida formula: “se A, então (deve ser) B”, onde “A” representa o “ilícito” (ou mais especificamente o “delito”), “B” a sanção (ou mais especificamente a “pena”) e “se...então”, a relação de imputação ou causalidade juridical entre o ato e seu efeito jurídico. Para expresser o valor garantista desta relação, a fórmula Kelseniana há de transformar-se, no entanto, na implicação inversa: “se B, então (deve ser) A”, ou na equivalente “se não A, então não (deve ser) B”, que é precisamente o princípio *nulla poena sine crimine*. Ibid., p. 339.

<sup>93</sup> Ibid., p. 339.

<sup>94</sup> Ibid., p. 339.

O segundo axioma traz a previsão do princípio da legalidade, que equivale à prescrição da reserva de lei. A jurisdição, com base neste princípio, é limitada ao *ius dicere*, isto é, à afirmação da lei, à subsunção dos fatos estabelecidos às normas legislativas<sup>95</sup>. Pelo princípio da legalidade, é inadmissível expressões vagas ou ambíguas.

Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara, não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação dos *ius puniendi* estatal, ao que se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, desta forma, a esfera do legislativo<sup>96</sup>.

Luigi Ferrajoli refere-se ao princípio da legalidade no sentido lato, enquanto axioma de mera legalidade, e no sentido estrito, como legalidade estrita.

No primeiro sentido, que remonta ao direito romano, o axioma é condicionante e identifica-se com a *reserva relativa de lei*, compreendendo “lei”, no sentido formal de ato ou mandato legislativo e se limita a prescrever a sujeição do juiz às leis vigentes, em qualquer formulação de seu conteúdo, na qualificação jurídica dos fatos julgados. Limita-se a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito. No segundo sentido, criado a partir do pensamento iluminista, é condicionada, e corresponde a *reserva absoluta de lei*, entendendo “lei” no sentido substancial da norma ou conteúdo legislativo, prescrevendo que o conteúdo seja formado por pressupostos típicos dotados de significado preciso, pelo qual será possível o seu emprego, como figuras de qualificação em proposições judiciais. Portanto, exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal.<sup>97</sup>

Em outras palavras:

O princípio de mera legalidade é a norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve que considera como delito qualquer fenômeno livremente qualificado como tal na lei, o princípio cognitivo da legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal, idônea a garantir, com a taxatividade dos pressupostos da pena, a decidibilidade da verdade de seus enunciados<sup>98</sup>.

Portanto, o princípio da mera legalidade é um princípio geral do direito público, por enunciar condições de existência ou vigência da norma. Lado outro, o princípio da estrita legalidade condiciona a validade das leis vigentes a taxatividade

<sup>95</sup> IPPOLITO, Dario. Luigi Ferrajoli's garantism. Op. cit., p. 37.

<sup>96</sup> ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003. p. 169.

<sup>97</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Op. cit., p. 93.

<sup>98</sup> Ibidem, p. 93.

de seus conteúdos e à decidibilidade da verdade jurídica de suas aplicações. Pelo fato da lei penal incidir sobre a liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular-se não somente as formas, mas também por meio da verdade jurídica exigida às motivações judiciais ou os conteúdos, dos atos que a elas se aplicam. Segundo Luigi Ferrajoli, esta é a garantia estrutural que diferencia o direito penal no Estado “de direito” do direito penal dos Estados simplesmente “legais”, nos quais o legislador é o “poderoso”, por validar todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei<sup>99</sup>.

O terceiro axioma é a coluna mestra do paradigma garantista do direito penal, sobre a qual se rege o inteiro arranjo da jurisdição como atividade cognitivo-normativo e não valorativo-potestativa<sup>100</sup>. Correspondendo ao princípio da necessidade, orienta-se e limita o poder punitivo do estado<sup>101</sup>, definindo que a criminalização somente se legitima se constituir o meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção revelarem-se suficientes para a tutela do bem, a criminalização não é recomendável, “justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo.”<sup>102</sup>

Visando afastar a incidência de penas excessivas, o princípio prevê, para a prevenção de novos delitos, a aplicação de uma pena mínima, entre as possíveis, com o menor sofrimento para o cidadão.

---

<sup>99</sup> Ibid., p. 349.

<sup>100</sup> IPPOLITO, Dario. *Luigi Ferrajoli's garantism*. Op. cit., p. 37.

<sup>101</sup> “O valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação à qualidade e à quantidade da pena. É este o valor sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas. Segundo Ferrajoli, este argumento tem caráter político, além de moral: serve para fundar a legitimidade do Estado, unicamente nas funções de tutela da vida e os demais direitos fundamentais; de sorte que, a partir daí, um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se ao nível dos mesmos delinquentes”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 364.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 427.

O princípio da necessidade, atrelado ao de dignidade da pessoa são dois critérios complementares, que vinculam a qualidade da pena a três traços modernos: o da igualdade, o da legalidade e o do caráter apenas privativo da pena. Neste sentido, em primeiro lugar extrai-se a ilegitimidade de qualquer forma de diferenciação na execução penal; em segundo lugar a inadmissibilidade de qualquer forma de flexibilidade ou de incerteza na duração da pena, e em terceiro lugar, a intolerabilidade de qualquer atividade pedagógica ou corretiva na expiação da pena<sup>103</sup>.

O quarto axioma traz a garantia de que o direito penal deve limitar-se a agir nas ações de maior gravidade, ou seja, o Estado somente pode atuar quando houver lesão relevante, previamente estabelecida como crime. Restringe-se a autoridade punitiva do Estado e expande a liberdade dos indivíduos, limitados somente pela recíproca compatibilidade. “A lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e das proibições”<sup>104</sup>.

O princípio da ofensividade<sup>105</sup> prescreve a delimitação do campo do proibível somente às ações nas quais o efeito consiste em um dano a terceiros. Deste dano, origina-se as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas. A lei não pode definir como delito um comportamento não lesivo de direitos de outros, porque na tutela dos direitos reside de fato a finalidade do direito penal.<sup>106</sup> Somente admite-se a configuração da infração penal quando o bem já selecionado pelo princípio da reserva legal sofre um ataque, ou seja, uma ofensa, representado por um dano ou perigo concreto. Para Luigi Ferrajoli este princípio:

---

<sup>103</sup> Ibid., p. 365.

<sup>104</sup> Ibid., p. 426.

<sup>105</sup> Segundo César Roberto Bitencourt, o princípio da ofensividade ou da lesividade exerce dupla função no Direito Penal em um Estado Democrático de Direito: a) *função político-criminal* – esta função tem caráter preventivo-informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativo-criminais.; b) *função interpretativa ou dogmática* - esta finalidade manifesta-se a posteriori, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar, *in concreto*, a norma penal elaborada. A primeira função é limitadora do *ius puniendi* estatal, dirigindo-se especificamente ao legislador, antes mesmo de realizar sua atividade-fim, qual seja, elaborar leis; a segunda configure uma limitação ao próprio Direito Penal, destinando-se ao aplicador da lei, isto é, ao juiz, que é, em última instância, o seu intérprete final. BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 22.

<sup>106</sup> IPPOLITO, Dario. *Luigi Ferrajoli's garantism*. Op. cit, p. 38.

É idôneo para vincular o legislador à máxima Kantiana, válida sobretudo no campo penal, segundo a qual a (única) tarefa do direito é a de fazer compatíveis entre si as liberdades de cada um. Nessa linha, o art. 4 da Declaração dos Direitos de 1789 estabelece que a liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica os demais; desta forma, a existência dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites além daqueles que asseguram os demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites não podem ser determinados senão por lei<sup>107</sup>.

O quinto axioma representa o princípio da materialidade ou da exterioridade da ação. De acordo com este princípio, nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação<sup>108</sup>. Assim, os delitos, como pressupostos da pena, devem se concretizar em ações humanas.

Os atos internos, como o pensamento, intenções e maldade de ânimo, não são prejudiciais a ninguém, e ninguém está interessado na punição. Somente as ações externas podem produzir danos a terceiros, bem como, uma modificação do mundo exterior qualificável de lesão.<sup>109</sup>

Os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo anteriores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis – passíveis de serem descritas enquanto tais, pela lei penal<sup>110</sup>.

As condutas tipificadas somente podem ser punidas quando ocorrer a exteriorização da ação ou omissão, penalmente relevantes. Dá-se a ofensividade pela exterioridade. Para Dario Ippolito, trata-se, evidentemente, de um princípio de laicidade jurídica que subtrai ao disciplinamento penal a intimidade da pessoa, levantando uma barreira em defesa da liberdade individual de consciência e de pensamento contra as pretensões potestativas do Estado, para as quais a afirmação pode dizer respeito somente aos comportamentos materiais e não as identidades subjetivas<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 429.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 440.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 441.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 440-441.

<sup>111</sup> IPPOLITO, Dario. *Luigi Ferrajoli's garantism*. Op. cit., p. 38.

O sexto axioma expressa o princípio da culpabilidade<sup>112</sup> ou da responsabilidade pessoal<sup>113</sup>, que exige o “elemento subjetivo” ou “psicológico” do delito, pois nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão. Não se pode castigar ou proibir se não é intencional, ou seja, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer<sup>114</sup>.

O pensamento ferrajoliano estabelece quatro fundamentos externos da garantia da culpabilidade, como norte para afastar a incidência da responsabilidade objetiva no Direito Penal, que incide da simples causalidade física, sem a análise da culpa. A pena deve ser imposta, quando comprovado o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de querer praticar uma conduta criminosa, ou culpa, por violação da regra por negligência, imprudência ou imperícia. “A punibilidade apenas dos atos intencionais é, com certeza, um insuprível elemento do sentimento comum de justiça, ao ponto de reputarmos bárbara e injusta qualquer forma de responsabilidade objetiva ou destituída de culpa.”<sup>115</sup>

O primeiro fundamento consiste na reprovação da ação, necessária para justificar a proibição, como também a punição; o segundo é a prevenção própria do direito penal, considerando que somente as condutas culpáveis podem ser objeto de prevenção por meio da pena; o terceiro é a garantia da possibilidade de prever e de planificar o rumo futuro da vida dos cidadãos, partindo da estrutura coativa do direito; e por fim, o quarto fundamento, que para Luigi Ferrajoli é o mais importante de todos, consiste na ideia de que somente as ações culpáveis podem ser lógicas e sensatamente proibidas, e essas proibições são normas regulativas, que

---

<sup>112</sup> O significado jurídico do conceito de culpabilidade pode ser decomposto em três elementos: a) a *personalidade*, que designa a susceptibilidade de adstrição material do delito à pessoa do seu autor, isto é, a relação de causalidade que vincula reciprocamente decisão do réu, ação e resultado do delito; b) a *imputabilidade ou capacidade penal*, que designa uma condição psicofísica do réu, consistente em sua capacidade, em abstrato, de entender e de querer; c) a *intencionalidade ou culpabilidade em sentido estrito*, que designa a consciência e a vontade do delito concreto e que, por sua vez, pode assumir a forma de dolo ou culpa, segundo a intenção esteja referida à ação e ao resultado ou somente à ação e não ao resultado, não querido nem previsto, embora previsível. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 449 – 450.

<sup>113</sup> A responsabilidade pessoal identifica na culpabilidade o elemento jurídico necessário à qualificação jurídica de uma ação ofensiva como delito, excluindo do horizonte do direito penal a responsabilidade ou objetiva ou sem culpa. IPPOLITO, Dario. *Luigi Ferrajoli's garantism*. Op. cit., p. 38.

<sup>114</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 447.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 449.

pressupõem a possibilidade de serem observadas ou violadas pelos cidadãos destinatários<sup>116</sup>.

O sétimo axioma expressa a principal garantia processual que forma o pressuposto de todas as outras, ou seja, a submissão a jurisdição. Esta garantia é compreendida tanto no sentido lato, como no estrito. No sentido estrito, aplicável na forma acusatória de processo, a submissão à jurisdição supõe, necessariamente, como condições de prova, as garantias de materialidade, da ofensividade e da culpabilidade, enquanto a submissão à jurisdição em sentido lato é por elas pressuposta, exigida em qualquer tipo de processo, tanto acusatório como inquisitório<sup>117</sup>. Assim, o *ius puniendi* do Estado assegura ao acusado o devido processo penal, assegurando todo o conjunto de garantias penais e processuais previstas no novo paradigma normativo.

Considerando o pensamento ferrajoliano, o exercício da jurisdição é uma garantia reparatória fundamental, assegurada no contexto de um Estado Constitucional Democrático de Direito, “dirigidas a eliminar o reducir el daño producido, o a cohibir o a castigar a los responsables”<sup>118</sup>. Assim, para exercer essa função, a garantia jurisdicional “se articulan en una serie de subgarantías de carácter específicamente procesal, como las que habitualmente se reconocen en las normas constitucionales o en los principios fundamentales del proceso.”<sup>119</sup>

O princípio da submissão a jurisdição assegura a prevenção das vinganças e das penas privadas: a passagem da justiça privada, da vingança de sangue (faida) àquela pública do direito penal se verifica de fato exatamente quando a aplicação das penas e a investigação dos seus pressupostos são subtraídas à parte ofendida e aos sujeitos a ela solidários e são confiadas com exclusividade a um órgão “judiciário”, ou seja, estranho às partes interessadas e investido de autoridade para decidir sobre as razões em oposição<sup>120</sup>.

<sup>116</sup> Ibid., p. 451.

<sup>117</sup> Ibid., p. 496.

<sup>118</sup> Dirigidas a eliminar e reduzir o dano produzido, ou a coibir e punir os responsáveis (tradução livre). FERRAJOLI, Luigi. In: TARUFFO, Michele. *Páginas sobre justiça civil*. Traducción Maximiliano Aramburo Calle. Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons, 2009. p. 21.

<sup>119</sup> Se articula em uma série de subgarantias de caráter especificamente processual, como se habitualmente reconhece nas normas constitucionais e nos princípios fundamentais do processo. (tradução livre). FERRAJOLI, Luigi *apud* TARUFFO, Michele. Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 383-391, 2008. p. 384.

<sup>120</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 496.

O princípio de submissão à jurisdição exprime, nas lições de Luigi Ferrajoli, três fundamentais garantias: a) o *habeas corpus*, ou seja, a imunidade do cidadão contra restrições arbitrárias de sua liberdade pessoal e, de forma ampla, contra punições ou intervenções autoritárias lesivas aos seus direitos; b) a *reserva da jurisdição* em matéria penal, que consiste em confiar a investigação e a repressão dos delitos somente ao “juízo legal”; c) a *presunção de inocência*, que assegura a demonstração de prova, após o curso de todo o processo, para declaração de culpabilidade<sup>121</sup>. A presunção de inocência, princípio fundamental de civilidade, representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutelada da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado<sup>122</sup>.

Opondo-se a um modelo inquisitório, em que o juiz, de ofício, colhe as provas e produz um julgamento, excluindo o contraditório e a ampla defesa, o oitavo axioma apregoa o princípio acusatório, que assegura um “sistema processual que tem a figura do juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento com um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público”<sup>123</sup>.

O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira qual é falsa. Ao mesmo tempo ele não deve ser um sujeito “representativo”, não devendo nenhum interesse ou desejo – nem mesmo da maioria ou da totalidade dos cidadãos - condicionar seu julgamento que está unicamente em tutela dos direitos subjetivos lesados<sup>124</sup>.

O nono axioma é representado pelo princípio do ônus da prova ou da representação. Cabe a acusação provar os fatos alegados, e o acusado tem a seu favor a presunção de inocência que equivale à presunção de falsidade de uma tese não provada; o ônus da prova sob a responsabilidade da acusação é o ônus de produzir confirmações empíricas da hipótese acusatória idônea para sufragar a sua aceitação como verdade<sup>125</sup>.

---

<sup>121</sup> Ibidem, p. 496.

<sup>122</sup> Ibid., p. 506.

<sup>123</sup> Ibid., p. 519 – 520.

<sup>124</sup> Ibid., p. 534.

<sup>125</sup> IPPOLITO, Dario. *Luigi Ferrajoli's garantism*. Op. cit., p. 38.

A verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa ou formal, é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento por prova e erro. A principal garantia de sua consecução é consequentemente confiada à máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, isto é, ao livre desenvolvimento do conflito entre as duas partes do processo, portadoras de pontos de vista contrastantes exatamente porque titulares de interesses opostos. No conflito, ademais, o primeiro movimento compete a acusação. Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação<sup>126</sup>.

Em outras palavras, a afirmação de que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, implica a transferência de todo ônus probatório ao órgão de acusação, a quem caberá provar a existência de um crime e sua autoria<sup>127</sup>.

O décimo axioma apregoa o princípio do contraditório, como decorrência do princípio anterior, que afasta a existência de acusação sem provas. O contraditório com paridade das partes antagonistas representa a colocação à prova da hipótese de acusação através de sua exposição às confutações e às contraprovas produzidas pela defesa<sup>128</sup>.

Para Aury Lopes Jr.:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre um conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão de interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão de interesse do acusado e da sociedade em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo<sup>129</sup>.

Estes princípios fundamentais referem-se a um “ferramental” que visa nortear o procedimento penal, limitado ao máximo o exercício arbitrário da atividade punitiva. Sabe-se que não é possível, em ciências sociais aplicadas, elidir por completo a possibilidade de erros, já que os intérpretes são humanos e carregam experiências pessoais que podem “nublar” a decisão proferida, entretanto, os espaços autoritários devem ser reduzidos ao máximo, para que incida uma decisão legítima no julgamento do caso concreto.

<sup>126</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 562.

<sup>127</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Op. cit., p. 333.

<sup>128</sup> IPPOLITO, Dario. *Luigi Ferrajoli's garantism*. Op. cit., p. 38.

<sup>129</sup> LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 188.

Por meio dos axiomas, o poder punitivo estatal legitima-se, resguardando as garantias penais, que apresentam critérios normativos e limitativos da previsão legal dos delitos, bem como as garantias processuais, visando regular a intervenção punitiva estatal na fase da decisão judicial. Ambas, são lançadas como parâmetros para justificar o poder de punir do Estado.

A preocupação com o referencial constitucional-garantista justifica-se na medida em que enfrentamos um contexto social e jurídico bastante peculiar e complexo, fortemente influenciado pela ditadura da urgência e a tirania do tempo curto, pela lógica mercantilista, pelo simbólico do direito penal máximo e a exigência de um processo penal utilitarista. Quanto maior é a contaminação por tal furor punitivo, maior é a necessidade de estabelecer um sistema dotado de garantias mínimas e inalienáveis, que informem um processo penal e serviço da efetiva tutela dos direitos fundamentais assegurados na Constituição. Um verdadeiro freio aos excessos do poder punitivo estatal e instrumento a serviço do indivíduo, atuando ainda como filtro constitucional, pelo qual deve passar as normas penais e também processuais<sup>130</sup>.

A teoria garantista apresenta uma estrutura que restringe a autoridade punitiva do Estado e expande a liberdade dos indivíduos. Sendo a liberdade pessoal um direito fundamental, deve-se articular o sistema punitivo, definindo claramente, a partir dos axiomas garantistas, quando e como proibir, punir e julgar.

A aplicação das premissas garantistas, como condição para se determinar a responsabilidade criminal, nos leva a refletir sobre o crescente fortalecimento dos movimentos repressivos no nosso ordenamento e por consequência, a busca de uma maior intervenção estatal em detrimento aos direitos fundamentais. Este contraponto será explorado a seguir.

### 1.2.2. Garantismo e procedimento penal: dois aspectos sobre ampla defesa

---

<sup>130</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. xxxiii.

Contrariando os preceitos garantistas, o aumento dos movimentos de lei e ordem<sup>131</sup> fortalecem a supremacia estatal em detrimento aos direitos fundamentais. Para tanto, busca-se uma intervenção estatal, rígida, na esfera penal, em que todos os comportamentos desviados, independente do grau de importância que se dê a eles, merecem o juízo de censura. Neste sentido, “sacrificam-se os direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que geralmente geram violência”<sup>132</sup>.

A mídia é a maior divulgadora da política de lei e ordem. Repórteres, jornalistas e até apresentadores de programas de entretenimento, sem nenhuma formação jurídica, explorando uma sociedade amedrontada e insegura com o aumento da criminalidade e da violência urbana, chamam para si a responsabilidade de criticar as leis penais em vigor, fazendo os cidadãos crerem que o aumento das penas privativas de liberdade e a criação de novas normas penais incriminadoras, com a subtração de determinadas garantias processuais, ensejam maior segurança para o convívio social.

O convencimento é feito por intermédio do sensacionalismo, da transmissão de imagens chocantes, que causam revolta e repulsa no meio social. Homicídios cruéis, estupros de crianças, presos que, durante rebeliões, torturam suas vítimas, corrupções, enfim, a sociedade, acuada, acredita sinceramente que o Direito Penal será a solução para todos os seus problemas<sup>133</sup>.

Assim, a partir destes movimentos, pretende-se que o Direito Penal proteja todos os bens existentes na sociedade, com a finalidade exclusiva de tranquilizar a opinião pública e produzir um efeito simbólico, mesmo que a vontade do legislador não seja apta para a luta efetiva e eficiente contra a criminalidade. Para os defensores dos movimentos de repressão, a incidência de penas alternativas, visando evitar o encarceramento do autor da infração, estimula o cometimento de nos crimes. Sobre o tema, assevera Ralf Dahrendorf:

---

<sup>131</sup> O Brasil já foi contaminado por esse movimento repressivista há mais de 10 anos, quando a famigerada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), seguida de outras da mesma linha, marcou a entrada do sistema penal brasileiro na era da escuridão, na ideologia do repressivismo saneador. A ideia de que a repressão total vai sanar o problema é totalmente ideológica e mistificadora. LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Op. cit., p. 16.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>133</sup> GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio, uma visão minimalista do direito penal*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006. p. 16.

Uma teoria penal que abomina a detenção a ponto de substituí-la totalmente por multas e trabalho útil, por “restrições ao padrão de vida”, não só contém um erro intelectual, pois confunde lei e economia, como também está socialmente errada. Ela sacrifica a sociedade pelo indivíduo. Isso pode soar a alguns como incapaz de sofrer objeções, até mesmo desejável. Mas também significa que uma tal abordagem sacrifica certas oportunidades de liberdade em nome de ganhos pessoais incertos. Ser gentil com infratores poderá trazer à tona a sociabilidade escondida em alguns deles. Mas será um estímulo para muitos, que estão longe do palco criminoso, de contribuir para o processo perene de liberdade, que consiste na sustentação e na modelagem das instituições criadas pelos homens<sup>134</sup>.

Buscando afastar a falsa sensação de retorno adequado a criminalidade com a elaboração de novas normas incriminadoras, Rogério Greco ressalta que não se educa a sociedade com a incidência severa do Direito Penal, pelo contrário, conduz a uma falta de credibilidade no ordenamento jurídico existente<sup>135</sup>. Quanto maior o quadro de infrações penais, menor é a possibilidade de se punir efetivamente todas as condutas incriminadoras, gerando, assim um sistema penal cada vez mais seletivo. Citando Cesare Beccaria, ressaltou que a certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido a esperança de impunidade.<sup>136</sup>

O utilitarismo também relaciona-se a ideia do combate à criminalidade a qualquer custo e de qualquer forma, por meio de um processo penal mais célere e eficiente, no sentido de diminuir as garantias processuais asseguradas constitucionalmente, para, em nome do interesse do Estado, se apurar e apenar mais rapidamente a conduta. A exclusão e supressão dos direitos fundamentais visa alcançar a máxima eficiência (antigarantista) do procedimento penal. Essa mitigação das garantias processuais, transforma o processo em uma pena em si mesmo.<sup>137</sup>

<sup>134</sup> DAHRENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997. p. 109.

<sup>135</sup> Enfim, o falacioso discurso do movimento de lei e ordem, que prega a máxima intervenção do Direito Penal, somente nos faz fugir do alvo principal, que são, na verdade, as infrações penais de grande potencial ofensivo, que atingem os bens mais importantes e necessários ao convívio social, pois que nos fazem perder tempo, talvez propositadamente, com pequenos desvios, condutas de pouca ou nenhuma relevância, servindo, tão somente, para afirmar o caráter simbólico de um Direito Penal que procura ocupar o papel de educador da sociedade, a fim de encobrir o grave e desastroso defeito do Estado, que não consegue cumprir suas funções sociais, permitindo que, cada dia mais, ocorra um abismo econômico entre as classes sociais, aumentando, assim, o nível de descontentamento e revolta na população mais carente, agravando conseqüentemente, o número de infrações penais aparentes, que, a seu turno, causam desconforto à comunidade que, por sua vez, começa a chamar por mais justiça. O círculo vicioso não tem fim. GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio*. Op. cit., p. 22.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>137</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Op. cit., p. 49.

Segundo Luigi Ferrajoli, no procedimento penal, a pena sempre foi, de qualquer modo que se justifique ou circunscreva, uma segunda violência que se acrescenta ao delito, sendo programada e executada por uma coletividade organizada contra um solidário indivíduo<sup>138</sup>. No entanto, o delineamento de um Estado de Direito nos posiciona a criticar os sistemas processuais que fundam-se em técnicas autoritárias de controle social, para estabelecer limites à atividade estatal, para a concretização do respeito da pessoa humana, dos valores fundamentais da vida e da liberdade pessoal. Nesse sentido são os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho:

Do princípio do Estado de Direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito. Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém alguns princípios e normas designados por garantias gerais de procedimento e de processo<sup>139</sup>.

Assim, diante da crescente atuação dos movimentos repressivistas, o garantismo revela, no procedimento penal, a sua importância como fator legitimante para a pena aplicada. Vejamos:

Diante desse cenário de risco total em que o processo penal se insere, mais do que nunca devemos lutar por um sistema de garantias mínimas. Não é querer resgatar a ilusão de segurança, mas sim assumir os riscos e definir uma pauta mínima de garantias formais das quais não podemos abrir mão. É partir da premissa de que a garantia está na forma do instrumento jurídico e que, no processo penal, adquire contornos de limitação do poder punitivo estatal e emancipador do débil submetido ao processo<sup>140</sup>.

É importante destacar que a teoria garantista ferrajoliana não tem a finalidade de promover uma impunidade velada, pelo contrário, ela visa a realização de um processo justo, que preserve as garantias constitucionais, legitimando assim, a decisão exarada. No entanto, deve haver o equilíbrio entre as previsões garantistas do sistema penal e sua aplicação no caso concreto, tendo em vista que o excesso de garantias pode caminhar para a impunidade e o excesso do poder punitivo, excluindo as garantias fundamentais, ensejará o autoritarismo.

As mudanças ideológicas e políticas influenciaram diretamente na formação

<sup>138</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 16.

<sup>139</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit. p. 274.

<sup>140</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Op. cit., p. 67.

das diversas fases do procedimento penal. Superando um modelo inquisitório, em que o processo é conduzido apenas como veículo de aplicação da lei penal, suprimindo direitos e ratificando o arbítrio estatal, a instauração do Estado Democrático de Direito passou a considerar o processo penal como um caminho necessário para se exercer o poder punitivo, à estrita observância das regras que norteiam o devido processo penal. Em outras palavras, o processo torna-se um instrumento<sup>141</sup> de garantia dos cidadãos.

Garantias processuais individuais existem e são indispensáveis não porque sejam dívidas do poder constituinte, mas porque se referem tanto a um meio de controle público da construção da certeza judicial, com o que se exige uma decisão participada, que permita a contribuição de todos os interessados em seus efeitos diretos em igualdade de condições, como também a uma tutela específica de *direitos subjetivos* casos da privacidade, intimidade, inocência, da dignidade humana, etc. As garantias, portanto, constituem verdadeiros instrumentos processuais de proteção concreta e efetiva de direitos fundamentais<sup>142</sup>.

Para Aury Lopes Jr., “a noção de instrumentalidade tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário”<sup>143</sup>.

Portanto:

O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado tornar viável a aplicação da pena, e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento e limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade dos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, etc<sup>144</sup>.

As garantias no procedimento reduzem os danos, onde os princípios constitucionais não significam “proteção total”, sob pena de incidirmos na errônea

<sup>141</sup> A instrumentalidade do processo penal reside no fato de que a norma penal apresenta, quando comparada com outras normas jurídicas, a característica de que o preceito tem por conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a sanção tem por destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a pena. Não é possível a aplicação da reprovação sem o prévio processo, nem mesmo no caso de consentimento do acusado, pois ele não pode se submeter voluntariamente à pena, senão por meio de um ato judicial (*nulla poena sine iudicio*). LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 26.

<sup>142</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte. Del Rey. 2004. p. 202.

<sup>143</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 28.

<sup>144</sup> Idem, 2006, p. 38.

crença na segurança (e sermos vítimas da nossa própria crítica). Trata-se de reduzir os espaços autoritários, diminuindo o dano decorrente do exercício - que pode ser abusivo ou não - do poder. Assim, é preferível um Estado que falhe em alguns casos por falta de controle, do que o predomínio de um Estado policalesco<sup>145</sup>. Para Eugênio Pacelli, que coaduna com o mesmo entendimento:

(...) o risco de condenação de um inocente há de merecer muitos e maiores cuidados que o risco de absolvição de um culpado. Não porque os danos levados ao réu pela pena sejam maiores que aqueles causados à vítima no crime no crime, mas porque toda e qualquer reconstrução do realidade (a prova processual) submete-se à precariedade das regras do conhecimento humano<sup>146</sup>.

A prestação jurisdicional, principalmente em matéria criminal, ao demonstrar o amplo conhecimento sobre o caso a ser julgado, deve observar o sistema de garantias processuais estabelecido, para que a afirmação da responsabilidade penal seja legítima. Assim, as razões que fundamentam o juízo condenatório ou absolutório, pela estrita observância do devido processo penal constitucional, serão devidamente legítimas, assegurando, portanto, a tutela dos direitos fundamentais e de segurança social.

Conhecidas as inúmeras dificuldades de todo o conhecimento (afirmação da certeza), a solução de um caso penal somente poderá obter legitimidade quando fundada em procedimento judicial no qual se permita o mais amplo conhecimento dos fatos e a mais ampla possibilidade de argumentação jurídica. Procedimento, então, realizado em contraditório, para que se possam os interessados (autor e réu) participar intensamente de todas as questões debatidas, e, mais que isso, em que a atividade defensiva seja a mais ampla possível (daí, e não por outra razão, falar-se em ampla defesa)<sup>147</sup>.

A aplicação da Teoria Geral do Garantismo, no procedimento penal, deve ser analisada a partir da pergunta tratada por Luigi Ferrajoli, na terceira parte da obra *Direito e Razão, quando e como julgar*. São as normas processuais, de cunho garantista, que disciplinam a atividade jurisdicional do Estado, visando afastar juízos arbitrários de privação da liberdade pessoal, em que o fim de se atingir a verdade

---

<sup>145</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>146</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Op. cit., p. 34.

<sup>147</sup> Ibidem, p. 34.

justifica o meio, em outras palavras, o procedimento empregado é o legítimo para a aplicação da pena.

As garantias procedimentais, que integram a submissão à jurisdição no sentido estrito, são as relativas à formação do juízo, que incluem a coleta de provas, ao desenvolvimento da defesa e o convencimento do órgão julgante, destacando-se: a contestação de uma acusação exatamente determinada, o ônus da prova, o contraditório, a modalidade dos interrogatórios e dos outros atos instrutórios, a publicidade, a oralidade, os direitos da defesa e a motivação dos atos judiciais<sup>148</sup>.

Nenhum cidadão poderá ser considerado culpado a partir de provas não localizadas mediante um juízo regular.

Se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena.<sup>149</sup>

A partir de uma ação acusatória, que postula a imposição de uma pena pela existência do crime, a verdade construída tanto no sentido da condenação, como na absolvição, é o resultado da controvérsia entre narração das partes contrapostas.

O modelo garantista, na questão probatória, “exige de fato que as provas, sendo livre sua valoração, sejam assumidas com método legal”<sup>150</sup>. Assim, nas palavras de Elmir Duclerc, com base no princípio do devido processo legal, se impõe, entre outras coisas, a observância dos ritos e formas previamente estabelecidas para os atos processuais, donde decorre que a prova válida será somente aquela produzida conforme as normas que estabelecem as regras do jogo, sendo que a observância das formas constituem pressuposto de outras garantias, decorrentes do princípio da estrita jurisdicionalidade<sup>151</sup>.

No procedimento penal, o ônus da prova é da acusação, e ao acusado, incide o direito de defesa, que autoriza a verificação e falsificação das provas apresentadas,

---

<sup>148</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 497.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 505.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 572.

<sup>151</sup> DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 146-147.

a defesa, que não tem espaço no processo inquisitório, forma, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no contraditório entre hipóteses de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas<sup>152</sup>.

Não é admissível, no nosso ordenamento, a construção de uma decisão sem a observância das premissas constitucionais, dentre eles o contraditório e a ampla defesa. “O contraditório, portanto, junto com o princípio da ampla defesa, institui-se como uma pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal.”<sup>153</sup> Segundo Ada Pellegrini Grinover, a defesa e o contraditório estão indissoluvelmente ligados. É do contraditório que brota o exercício da defesa, sendo esta, que garante o contraditório<sup>154</sup>.

A partir da doutrina moderna do italiano Elio Fazzalari, o princípio do contraditório, colocado como a garantia de participação no processo, como meio de permitir a contribuição das partes na formação do convencimento do juiz, ganha nova formulação, para nele incluir o princípio da *par conditio*, ou da paridade das armas, na busca de uma efetiva igualdade processual<sup>155</sup>.

O contraditório não é apenas "a participação dos sujeitos do processo". Sujeitos do processo são o juiz, seus auxiliares, o Ministério Público, quando a lei o exige, e as partes (autor, réu, intervenientes). O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os "interessados", ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor<sup>156</sup>.

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. destaca que o contraditório é, essencialmente, o direito de ser informado e de participar no processo. É o direito de saber o que está ocorrendo no processo e de ser comunicado de todos os atos processuais. A regra é de que não pode haver segredo para a defesa, sob pena de violação ao contraditório.

O direito de ampla defesa no procedimento criminal está atrelado a defesa pessoal e a defesa técnica. A defesa pessoal corresponde a autodefesa, em que o

<sup>152</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 561-566.

<sup>153</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Op. cit., p. 44.

<sup>154</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 63

<sup>155</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Op. cit., p. 43.

<sup>156</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 172.

acusado resiste a pretensão estatal. Garantia constitucional, a defesa técnica é um direito indisponível, corresponde a participação de um profissional que exerça a função jurídica e possua os conhecimentos necessários e suficientes para resistir a pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador,

é uma exigência da sociedade, porque o imputado pode, a seu critério, defender-se pouco ou mesmo não se defender, mas isso não exclui o interesse da coletividade de uma verificação negativa, no caso o delito não constituir uma fonte de responsabilidade penal<sup>157</sup>.

Segundo leciona Victor Moreno Catena, a defesa técnica atua também:

como um mecanismo de autoproteção do sistema processual penal, estabelecido para que sejam cumpridas as regras do jogo da dialética processual e da igualdade das partes. É, na realidade, uma satisfação alheia à vontade do sujeito ativo, pois resulta de um imperativo de ordem pública, contido no princípio do *due process of law*<sup>158</sup>.

A defesa técnica obriga a presença de um defensor em todos os atos,

não apenas a comunicação dos atos para que os exerça, impõe também a presença efetiva do defensor nos atos que integram a instrução, sendo absolutamente ilegal a prática neoinquisitória de alguns juízes que resolvem colher a prova sem a presença do réu e de seu defensor<sup>159</sup>.

Em outras palavras, aponta Luigi Ferrajoli que é necessário a perfeita igualdade entre as partes: 1) a defesa deve ser dotada da mesma capacidade e dos mesmos poderes da acusação e; 2) seu papel contraditório deve ser admitido em todo o Estado e grau do procedimento, incluindo os atos probatórios e as averiguações judiciárias<sup>160</sup>.

Para garantir o ônus acusatório da prova, o direito de defesa e contraditório - garantias acima examinadas – Luigi Ferrajoli examina um segundo conjunto de garantias, denominadas por ele como garantias de segundo grau, ou garantias de

<sup>157</sup> LOPES JUNIOR, Aury Lopes. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 192.

<sup>158</sup> MORENO CATENA, Victor, La defensa en el proceso penal apud LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit, p. 193.

<sup>159</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 540.

<sup>160</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 565.

garantias: a publicidade, a oralidade, a ritualização dos procedimentos e a motivação das decisões.

Somente se a instrução probatória se desenvolver em público e, portanto, de forma oral e concentrada, e se ademais for conforme o rito voltado a tal fim predisposto, e enfim a decisão for vinculada de modo a dar conta de todos os eventos processuais além das provas e contraprovas que a motivam, pode-se ter de fato uma relativa certeza do que tenham sido satisfeitas as garantias primárias, mais intrinsecamente epistemológicas, da contestação da acusação, do ônus da prova e do contraditório com a defesa<sup>161</sup>.

A publicidade<sup>162</sup> assegura o controle externo e interno da atividade judiciária. Portanto, a formulação de hipóteses e de averiguação da responsabilidade penal deve desenvolver-se à luz do sol, sob o controle da opinião pública, do imputado e seu defensor<sup>163</sup>. Consagrada no art. 5º, LX, a lei somente pode restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

A publicidade dos atos processuais é corolário do princípio da proteção judicial efetiva. As garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal apenas são eficazes se o processo pode desenvolver-se sob o controle das partes e da opinião pública<sup>164</sup>.

Conexa à publicidade, há a oralidade em juízo. A oralidade vale para assegurar, no procedimento penal, a autenticidade das provas e o controle pelo público e pelo imputado da sua formação, comportando ainda, em primeiro lugar, o tratamento da causa em uma só audiência, ou em mais audiências aproximadas, sem solução de continuidade; em segundo lugar, a identidade das presenças físicas do juiz, do início da causa até a decisão; e em terceiro lugar o diálogo direto das partes entre si e com o juiz, de modo que este conheça a causa<sup>165</sup>.

<sup>161</sup> Ibidem, p. 567.

<sup>162</sup> Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, deve-se distinguir publicidade e publicação. A publicação é uma forma de publicidade de actos normativos, feita através do direito oficial. Publicidade em sentido amplo, é qualquer forma de comunicação dos actos do poderes públicos dotados de eficácia externa. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Op. cit., p. 1165.

<sup>163</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 567.

<sup>164</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.166.

<sup>165</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 571.

A ritualização dos procedimentos, a partir de formas preterdeterminadas pela lei, condicionam a validade das provas ao método legal de sua formação. Portanto, garante a satisfação e o controle de todas as outras, sob pena de nulidade do ato, na incidência de violação.

A motivação das decisões<sup>166</sup> é uma garantia fundamental para a valoração da prova, que autoriza avaliar se na formação da decisão foram observadas as regras do devido processo penal. “É por força da motivação que as decisões judiciais resultam apoiadas, e, portanto, legitimadas por asserções, enquanto tais verificáveis e falsificáveis ainda que de forma aproximada”<sup>167</sup>. Assim, a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial.

As garantias procedimentais acima expostas autoriza-nos afirmar, baseado no pensamento de Michele Taruffo, que o processo é o lugar onde as normas são aplicadas, valores são colocados em prática, garantias são asseguradas, direitos são reconhecidos, interesses tutelados, problemas sociais são enfrentados, a liberdade do indivíduo é tutelada e as controvérsias são resolvidas por meio de decisões pretensamente justas<sup>168</sup>. Neste sentido, o fortalecimento dos movimentos de lei e ordem, buscando fortalecer o encarceramento com a falsa ideia de “segurança” para os cidadãos, não coadunam com as premissas garantistas reguladoras do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>166</sup> Para Aury Lopes Jr., trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitima o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. A dimensão do poder – *considerado como coação que afeta o sujeito passivo da atuação processual* – necessário para atingir esse saber tem que ocupar um lugar secundário e permanecer sujeito as regras muito estritas, presididas pelos princípios da necessidade (e respeito aos direitos fundamentais) e proporcionalidade (racionalidade na relação meio/fim). Ferrajoli defende não só a a humanização do poder, mas também uma importante inversão do paradigma clássico, eis que agora o saber deve predominar. O poder somente está legitimado quando calcado no saber judicial, de modo que não mais se legitima por si mesmo”. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 202.

<sup>167</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 573.

<sup>168</sup> TARUFFO, MICHELE. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 160.

## 2. A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO CRIMINAL

A teoria jurídica garantista ferrajoliana ataca, de modo muito elaborado, os postulados positivistas, criticando, em particular, o sistema punitivo. Visando valorar o sistema jurídico, a partir dos critérios de ineficácia e invalidade, o garantismo abala a premissa positivista da obrigação do magistrado aplicar o Direito vigente. A vigência de determinada lei não aponta nada a respeito de sua validade, o fato dela sempre ser aplicada demonstra a sua eficácia, mas não corresponde a sua validade.

Sendo o garantismo a ferramenta utilizada para manejar o sistema de direitos, considerando as condições formais de vigência e as substancias de validade, a partir da crítica jurídica desenvolvida por Antônio Carlos Wolkmer, realizar-se-a, neste item, uma leitura dos fins do sistema de direitos, questionando-se o que está normatizado e oficialmente consagrado no ordenamento jurídico e considerando a sociedade como ponto de partida para a compreensão da experiência jurídica. Em seguida, será explorado o Direito à prova e sua finalidade, para a construção de uma decisão criminal, constitucionalmente adequada.

### 2.1. Elementos para uma nova compreensão constitucional da jurisdição penal (crítica)

Arelado ao modelo tradicional da teoria jurídica, “marcado pela lógica de racionalidade técnico-formal e por pressupostos científicos, calcados na dogmática do cientificismo positivista”<sup>169</sup>, o discurso jurídico se forma a partir de uma cultura normativista, em que os mitos e as falácias são normatizados e oficialmente consagrados no mundo jurídico, reproduzindo-se, ao longo do tempo, no plano do conhecimento. No entanto, a modificação constante da sociedade, somada a

---

<sup>169</sup> WOLKMER Antonio C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 20.

crescente complexidade dos conflitos na esfera penal, nos revela a necessidade de questionar e refletir, sobre a expansão da intervenção estatal, bem como, os modelos normativos vigentes, a partir de um olhar crítico defendido por Antônio Carlos Wolkmer.

A teoria crítica jurídica sustentada por Antônio Carlos Wolkmer, é uma formulação “teórico-prática, de se buscar, pedagogicamente, outra direção ou outro referencial epistemológico que atenda às contradições estruturais da modernidade”<sup>170</sup>. Portanto, como corrente filosófica, deve ser entendida como:

o profundo exercício reflexivo de questionar o que está normatizado e oficialmente consagrado (no plano do conhecimento, do discurso e do comportamento) em uma dada formação social, e a possibilidade de conceber outras formas não alienantes, diferenciadas e pluralistas de prática jurídica. Entende-se, destarte, que o pensamento crítico nada mais é do que a formulação ‘teórico prática’ de se buscar, pedagogicamente, outra direção ou outro referencial epistemológico que atenda às contradições estruturais da modernidade presente.<sup>171</sup>

A análise crítica evidencia a insatisfação de doutrinadores acerca do pensamento jurídico contemporâneo, fortemente institucionalizada pelo modelo normativo legitimado em posturas dogmáticas e formas alienantes. A dogmática do direito<sup>172</sup> “trata-se de um saber construído a partir das normas jurídicas e que não vai além dessas normas, as quais são aceitas como uma realidade a ser mantida, independentemente de considerações outras que não sejam puramente normativas”<sup>173</sup>, excluindo considerações de ordem econômica, política ou ideológica para a interpretação e aplicação das normas estabelecidas.

Aceitando a verdade, a doutrina dogmática admite o verdadeiro como algo universal e necessário. Assim, o pensamento do jurista deriva da normatividade das fontes formais do direito, denominado pela teoria tradicional como lei, costume,

<sup>170</sup> Ibidem, prefácio XIV.

<sup>171</sup> Ibid., prefácio, XIII-XIV.

<sup>172</sup> A dogmática jurídica é simplesmente a visão particular dos acontecimentos teórico e prático do direito, tal como vem sendo adotada no mundo de influência européia, especialmente após o advento do Estado moderno, com a conseqüente estatização das normas de convivência social, o que redundou em uma divisão dos sistemas de direito positivo de acordo com as fronteiras geopolíticas das nações. Incorporada à tradição do saber jurídico europeu, espalhado pelo mundo em virtude do colonialismo conseqüente às grandes navegações, essa forma de conhecimento importa na aceitação da normatividade revelada nas expressões semiológicas do direito, em especial no discurso normativo da legislação, como ponto de partida e núcleo de convergência dos respectivos atos de conhecimento. COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. Op. cit., p. 177.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 175.

jurisprudência, doutrina e princípios gerais do direito, existentes para serem considerados, devido a aplicação ser determinada pelo poder dirigente da sociedade, observando-se os procedimentos metodológicos considerados legítimos, pela ideologia imposta pelo próprio poder<sup>174</sup>.

Visando modificar essa postura, a Teoria Crítica do Direito deriva de uma concepção que atribuiu ao sujeito do conhecimento um papel ativo e constitutivo quanto ao respectivo objeto, em todas as dimensões do conhecimento jurídico<sup>175</sup>. O sujeito é um político consciente, conhecedor das mazelas e do grau de manipulação a que estão sujeitas as leis e os próprios valores que as informam, luta contra o *status quo*, e faz do seu lugar profissional uma trincheira nessa batalha ingente contra as injustiças sociais<sup>176</sup>.

Essa tarefa permite revisar e romper com o discurso e o conhecimento jurídico tradicionais, investigar as bases epistemológicas para o conteúdo do novo paradigma no Direito e definir posturas e diretrizes não mais destinadas a manter a segurança, a eficiência e a dominação do poder normativo vigente, mas a executar a prática político social de uma cultura jurídica inclinada a construir uma sociedade democrática, cujo pluralismo, como quer Claude Leforte, projete a constante reinvenção da democracia e priorize, na dialética do processo, a socialização institucional da justiça<sup>177</sup>.

Com o nascimento do Estado Constitucional Democrático de Direito, a teoria crítica jurídica prega a necessidade de uma adequação ao novel paradigma de produção científica. Deve-se criar uma ruptura com o direito meramente regulador, para que se possa ingressar no modelo de direito provedor e transformador. Em síntese, basta referir que os processualistas contemporâneos tem se orientado por uma tutela constitucional do processo, tendo o processo como instrumento a serviço da ordem constitucional<sup>178</sup>. Portanto, deve-se questionar o ser do direito como algo objetivamente existente, considerando que o jurista cria o direito, numa dialética

<sup>174</sup> Ibid., p. 176-179.

<sup>175</sup> O modelo descritivo zetético, empregado na epistemologia geral para definir a teoria que se vale da pesquisa, procedendo pelo questionamento dos problemas sem aceitar as respostas e soluções já prontas como ponto de partida do conhecimento, também é afastado, por não reunir as condições para a utilização da dialética de participação para melhor compreender o fenômeno jurídico. O conhecimento jurídico envolve assim o sujeito, ao qual se denomina jurista, o objeto constituído pelo fenômeno jurídico em suas expressões históricas e os conceitos produzidos por abstrações e que sintetizam a relação intelectual entre o jurista e o direito. Ibid., p. 180.

<sup>176</sup> Ibid., p. 190.

<sup>177</sup> WOLKMER, Antonio C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. Op. cit., p. 21.

<sup>178</sup> WUNDERLICH, Alexandre, Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional Brasileiro apud LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Op. cit., p. 42.

sempre renovada de criação cultural dirigida para o futuro<sup>179</sup>, na busca da autonomia do indivíduo e a emancipação da sociedade.

Luiz Fernando Coelho defende que o questionamento do conhecimento jurídico não é suficiente para problematizar as respostas dogmáticas, sendo necessário extrair os pressupostos ideológicos em que se assentam a dogmática do direito. Escolhe-se um ponto de vista que possibilite ao jurista identificar sua realidade, antes de interpretá-la, e reconstruí-la, mediante a atuação consciente do seu próprio ser que se apresenta como social<sup>180</sup>. Nesta perspectiva, a norma processual penal deve ser constitucionalmente interpretada, para que o discurso autoritário que inspirou a elaboração do Código de Processo Penal vigente, como também as reformas inseridas, não negue a efetivação das garantias penais e processuais, asseguradas constitucionalmente.

Enfatiza Flaviane de Magalhães Barros que as reformas parciais transformaram o Código de Processo Penal em uma colcha de retalhos, não conseguindo retirar o seu forte conteúdo autoritário e sua base inquisitorial, “voltadas para o objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem<sup>181</sup>.” Coutinho ressalta que a preocupação de se compatibilizar a legislação processual penal brasileira, que é cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecution criminis*, com a Constituição Federal, que foi democraticamente promulgada, impondo um processo acusatório, é tentar quase o impossível<sup>182</sup>.

As características inquisitórias, ao invés de serem eliminadas, são reforçadas “exigindo dos intérpretes um esforço ainda maior para garantir uma interpretação adequada à Constituição, tomando como base o modelo constitucional de processo”. Nesse sentido, o que verifica-se é uma negação da Constituição, como fonte do direito com eficácia imediata, validando-se normas ordinárias, que não coadunam com os preceitos estabelecidos no Estado Democrático de Direito. Flaviane de Magalhães Barros, quanto ao compromisso constitucional com o processo penal acusatório, afirma não ser “reconhecido por todos os pesquisadores

---

<sup>179</sup> COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 191.

<sup>180</sup> Ibid., p. 193.

<sup>181</sup> Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

<sup>182</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *apud* BARROS, Flaviane de Magalhaes. *(RE)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 4-5.

de processo, no sentido de que a acusatoriedade é vista apenas como um verniz que passou em um processo de essência fundamentalmente inquisitorial”<sup>183</sup>. No mesmo sentido, preleciona Aury Lopes Jr.: os dispositivos do Código de Processo Penal devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal<sup>184</sup>.

Comprometida com o componente ideológico, a teoria crítica é construtiva, prospectiva e transformadora da realidade social, que dimana de um enfoque ontológico que integra no ser jurídico os valores criados pela humanidade em seu permanente devir. A concepção crítica recusa o papel de legitimação que o senso comum teórico absorveu, introduzindo na mentalidade jurídica o princípio da transformação, no sentido de afastar o papel conservador do direito, ligado a privilégios de ordem social injusta, introduzindo uma justiça efetiva, concretizada no meio social<sup>185</sup>.

O conceito de ciência revelado pela teoria crítica busca aproximar-se do real concreto, denunciando a realidade imaginária consubstanciada na ideologia. Na medida em que a teoria do direito lida com o social, a dialética da participação impõe a escolha de um ponto de vista que possibilite ao jurista identificar sua realidade, antes de interpretá-la, e reconstruí-la mediante a atuação consciente de seu próprio ser que apresenta como social<sup>186</sup>, vislumbrando-se valores a serem descobertos:

Quando se encara a totalidade dialética do direito vislumbra-se que existem valores a concretizar na vida individual e na social, pelo que o direito comporta necessariamente uma ideologia. Pode-se pensar, assim, legitimamente, que uma ordem jurídica injusta deve ser transformada, que uma legislação desumana deve ser suprimida, que um sistema jurídico atentatório à dignidade humana deve ser mudado e que a ciência do direito não pode ficar adstrita à contemplação das leis injustas, somente as descrevendo para explicá-las, e mantendo-se alheia às suas modificações criativas<sup>187</sup>.

<sup>183</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. *(RE)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, 11.719/08 e n. 11.900/09*. Op. cit., p. 6.

<sup>184</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Op. cit., p. 47.

<sup>185</sup> COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 192.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 193.

<sup>187</sup> Ibid., p. 193

Procurando constituir-se em instrumento de transformação dos postulados da dogmática, a Teoria Crítica do Direito rompe com o pensamento tradicional, a partir da superação de seus próprios obstáculos epistemológicos, para a construção de uma ordem jurídica e social progressivamente melhor. Para alcançar tal finalidade, Aury Lopes Jr. preleciona que a jurisdição penal deve passar pelo filtro constitucional e se democratizar, compreendendo-se a democracia como um sistema político cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, manifestando-se em todas as esferas da complexa relação Estado-indivíduo<sup>188</sup>.

A resposta é que a dimensão crítica envolve um elevado grau de conscientização, ausente nas perspectivas descritivas da dogmática e da zetética, que leva os operadores do direito a uma opção política no sentido de autonomia do indivíduo e da emancipação da sociedade. E quanto à maior abrangência do trabalho de crítica social, deve-se considerar que se trata de um campo especializado do saber, o qual exige um elevado grau de preparo científico e profissional, que transforma o jurista em elemento privilegiado da sociedade e, *ipso facto*, com maior responsabilidade perante a sociedade<sup>189</sup>.

No plano crítico, o conhecimento forma-se com a participação do jurista na constituição do fator juridicidade, considerando um ponto de vista dialético, em que o sujeito conhece o direito quando estabelece conteúdos às proposições abstratas das normas, ou seja, enquanto cria a juridicidade em função das situações reais da vida. Portanto, o direito não é a pressão do passado condicionando o presente, é a própria transformação do presente e a construção do futuro<sup>190</sup>, que diante dos obstáculos que são apresentados, ultrapassa-os, por meio de um processo consciente de transformação da sociedade.

## 2.2. Direito à prova criminal

A dinâmica social exige a transformação do Direito quanto a regulação da complexa relação existente entre o Estado e o Indivíduo. O exercício do poder punitivo é necessário, entretanto, a aplicação do modelo garantista é condição

<sup>188</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Op. cit., p. 41.

<sup>189</sup> COELHO, Luiz Fernando. Op. cit., p. 190.

<sup>190</sup> COELHO, Luiz Fernando. *Para uma teoria crítica do direito*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/470/22.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2013.

imprescindível para sua efetividade. Assim, considerando que o procedimento penal reúne um conjunto estruturado de atividades com a função de obter elementos de conhecimento verídicos para a solução da controvérsia, cabe-nos analisar o sistema probatório, sua evolução ao longo dos anos e a vinculação existente com a verdade dos fatos da causa. É o que pretende-se abordar nesta seção.

O sistema probatório, que remonta à antiguidade, mais utilizado para afirmar se uma parte merecia vencer ou perder uma controvérsia, tanto na esfera cível, como na criminal, eram os ordálios. De acordo com as tradições e os costumes jurídicos dos povos da época,<sup>191</sup> eram utilizadas várias técnicas, em diferentes situações. O ordálio mais comum foi o duelo judicial, em que as partes combatiam perante os juízes. No entanto, outras formas mais cruéis, como a prova d'água<sup>192</sup> e a prova de fogo, eram muito frequentes, principalmente quando outros meios de provas, como testemunhas e documentos, não produziam um resultado claro com relação aos fatos. A celebração dos ordálios atribuía uma origem divina ao Direito, com a presença do sacerdote nos rituais, encarregados de assistir às partes e consagrar os instrumentos utilizados para realizá-lo, assegurando, assim, a validade e o resultado que delas derivava, em todo o ambiente social circundante. Ao longo dos anos, os juízos de Deus deixaram de ser meios detinadas a resolver controvérsias e os ordálios foram progressivamente abandonados, até se tornarem práticas superadas.

O aspecto mais importante da nova concepção era que a produção das provas tinha claramente como fim a descoberta da verdade sobre os fatos

---

<sup>191</sup> Os ordálios têm uma história antiga e obscura: provavelmente chegaram da Índia à Europa central, onde foram adotados pelos povos germânicos. De qualquer modo, quando esses povos invadiram o resto da Europa e criaram seus reinos, o sistema germânico dos ordálios difundiu-se por todo o continente. De acordo com os critérios modernos, os ordálios são considerados meios de prova irracionais, por fundar-se, principalmente, em atos de intervenção divina, com caráter sacramental. Contudo, a prática era coerente com a cultura do contexto social circundante, em que a vida cotidiana das pessoas era totalmente dominada pelo sangue e pela violência de um mundo místico, profundamente justificada. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Op. cit., p. 19-22.

<sup>192</sup> A “prova da água”, usada em processos de feitiçaria, é uma dessas instituições. Sua proibição foi solicitada pelo advogado do rei, porque ela sempre implicava a morte da pessoa: “Seja afogando-se, se ela afunda, e tem-se que ir ao fundo é uma marca de inocência, seja porque por não ter ido ao fundo, se a presumem culpada”, o que remeteria o sobrevivente da prova à fogueira. A prova da água começou a ser proibida pelo Parlamento de Paris em 1601, e não fez mais sentido, ao menos na França, cuja experiência fonte idônea me autoriza a citar, depois de abolido o crime de feitiçaria, em 1682. MANDROU, Robert: *Magistrados e feitiçeiros na França do século XVII: uma análise de psicologia histórica*. Trad. Nicolau Sevcenko e J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 151 e 388.

da causa, e que as provas eram consideradas como meios racionais para atingir esse escopo. O surgimento e a difusão dessa concepção racionalista da relação entre provas e fatos foram corretamente definidos como a vitória do racionalismo sobre o misticismo, sendo, com boa razão, considerados uma etapa fundamental na história do direito probatório continental<sup>193</sup>.

Com o monopólio da jurisdição e a rejeição de qualquer forma de solução privada e unilateral de conflitos, tanto coletivos ou individuais, o Estado assume o compromisso irrenunciável da atividade jurisdicional. O dever estatal de responder a prestação jurisdicional está diretamente ligado a iniciativa da atividade probatória, que, a partir da reconstituição histórica dos fatos tidos como ilícitos, visa alcançar uma verdade aproximada, que produzirá uma certeza jurídica, aceita como legítima.

No curso da história, sempre influenciada por fatores sociais, culturais, políticos e religiosos, “a escolha dos métodos empregados com o propósito de propiciar o sucesso na apuração da verdade variou ao sabor da conveniência e da oportunidade oferecida pelos distintos regimes de governo”<sup>194</sup>. Antonio de Magalhães Gomes Filho, analisando a relação direta que há entre o sistema probatório e os objetivos do Estado, preceitua:

(...) num Estado que pretenda organizar a vida dos indivíduos e conduzir a sociedade, o procedimento probatório tenderá a exercer uma função de maior investigação dos fatos; ao contrário, para uma organização estatal preocupada somente em manter o equilíbrio social, preservando a autodeterminação dos indivíduos, o modelo certamente se limitará a disciplinar o encontro entre os interessados e, como consequência, a atividade probatória estará menos afetada pelos interesses do próprio Estado<sup>195</sup>.

Vigente há sete décadas, o Código de Processo Penal Brasileiro foi promulgado no momento histórico em que o governo buscava maior eficiência e ação repressiva do Estado contra os delinquentes. “A busca da verdade passou a ser o escopo específico do processo”<sup>196</sup>, “munindo o juiz de poderes para obter provas complementares ou supletivas, seja durante a instrução criminal, seja antes de proferir a sentença. Mais que autorizar, o legislador passou a exigir uma efetiva

<sup>193</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Op. cit., p. 43.

<sup>194</sup> BARROS, Marcos Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2011. p. 77.

<sup>195</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 19.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 34

atuação do juiz na investigação da verdade”<sup>197</sup>. Na década de quarenta do século XX, a influência de Estados autoritários sugeriu a correlação institucional entre sociedade e Estado e diante disso a realidade social foi absorvida por orientações jurídico-políticas expressivas de opções ideológicas. Uma possível aproximação entre ideologia e direito reside na crença segundo a qual um juiz criminal naquele tempo seria detentor de uma mente investigativa, comparativa, indutiva e dedutiva, apta para a reconstrução de fatos, para sua interpretação, valoração e aplicação das sanções criminais. A desconsideração da realidade cotidiana, do número de processos criminais sob a responsabilidade de um só juiz, bem como da natureza complexa dos crimes são retrato da superestimação dos potenciais do processo penal e da subestimação das sinuosidades das práticas criminais, tais como se suas peças e momentos pudessem ser logicamente reconstruídos.

A ideia de se punir todos os culpáveis, admitindo-se e aplicando modos arbitrários para a formação da culpa, está associada a instituições destinadas à obtenção de provas consideradas perfeitas e absolutas. Vigorava no processo penal o princípio da verdade real, sendo possível, segundo ele, sustentar o argumento da relevância dos interesses tratados no processo penal, tais como se fossem autorizadores da busca mais ampla e intensa da verdade, e isso a qualquer custo. Para Luigi Ferrajoli, consiste em:

(...) uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. Para ele, é evidente que esta pretendida “verdade substancial”, ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal<sup>198</sup>.

Após décadas de vigência de um sistema processual inquisitório, em que a busca da verdade não possuía limites ou regras, o novo modelo veda taxativamente ações contrárias aos direitos humanos. Tão manifesta é a repulsa que se faz ao emprego de meio agressivo contrário aos direitos humanos, especialmente quando se queira utilizá-lo com o objetivo de facilitar o descobrimento da verdade, que se

<sup>197</sup> BARROS, Marcos Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. Op. cit., p. 75.

<sup>198</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 48.

incluiu, no capítulo dos direitos e deveres, a garantia fundamental de que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”<sup>199</sup>.

Como já demonstrado nos itens anteriores, a instauração da nova ordem constitucional de 1988 e a fixação de fundamentos básicos para nortear o arcabouço jurídico existente, instituiu direitos e garantias fundamentais as quais transformaram o processo em um instrumento<sup>200</sup> de garantia do indivíduo em face do Estado.

Os modernos ditames da Constituição Federal produziram expressiva repercussão na norma processual penal vigente. A prova judiciária, definida por Eugênio Pacelli de Oliveira, como a “reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo”<sup>201</sup>, passa a submeter-se a limites previamente definidos pela norma constitucional. Para o autor, “o exame acerca dos meios de prova disponíveis, bem como da idoneidade e da capacidade de produção de certeza que cada um deles pode oferecer, deve ser precedido da identificação dos princípios e das regras gerais a eles aplicáveis.”<sup>202</sup>

Os limites à atividade probatória surgem como decorrência do nível de evolução do processo penal, que guia à valoração da forma dos atos processuais enquanto garantia a ser respeitada. Hélio Tornaghi, ao analisar o tema, se posta no sentido de que as limitações ao princípio da liberdade de prova baseia-se no fato de a lei considerar certos interesses de maior valor que o da prova de um fato, ainda que ele seja ilícito<sup>203</sup>. Sacrifica-se a “verdade” no processo, para criar um sistema processual que respeite os direitos fundamentais.

As delimitações são pré-estabelecidas e nos direcionam a uma interpretação constitucional, fundada no modelo de justiça garantista, que tem como premissa a consagração das garantias penais e processuais para a efetivação dos direitos fundamentais. Conforme preleciona Luigi Ferrajoli, todo e qualquer texto normativo só é válido quando estiver de acordo com as normas e princípios constitucionais. A

---

<sup>199</sup> BARROS, Marcos Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. Op. cit., p. 77.

<sup>200</sup> A instrumentalidade do processo não pode significar, como afirma Cândido Rangel Dinamarco, um instrumento a serviço de uma finalidade política de segurança política ou defesa social. Como adverte Geraldo Prado, há a função constitucional do processo, como um instrumento a serviço da realização do projeto democrático. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 26-27.

<sup>201</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. Op. cit., p. 325.

<sup>202</sup> *Ibidem*, p. 327.

<sup>203</sup> TORNAGHI, Hélio. *Instituições do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1959. p. 302. v. 4.

perspectiva teórica do garantismo ferrajoliano, como já exposto, é a concepção do Estado de direito e da democracia constitucional que, levando os direitos a sério, põe no centro de reflexão jurídica e dos projetos políticos o tema das garantias, isto é, daquelas técnicas normativas finalizadas à salvaguarda dos direitos subjetivos e consistentes em deveres positivos ou negativos<sup>204</sup>.

O termo prova é empregado de formas diversas<sup>205</sup> pelos processualistas, considerando a dificuldade de defini-lo sem relacioná-lo com outros vocábulos, como meio, objeto, elemento e atividade. A imprecisão da terminologia utilizada e a não uniformização do conceito técnico-processual, têm gerado a aplicação equivocada do termo na prática judiciária. Para Vera Kaiser Sanches Kerr, “essa imprecisão quanto a linguagem representa obstáculo à comunidade, gerando confusão e entedimento equivocado pela falta de clareza da terminologia empregada, contaminando a atividade probatória no âmbito do processo judicial”<sup>206</sup>.

A partir da conceituação desenvolvida por Antônio Magalhães Gomes Filho, o vocábulo “prova” refere-se aos “dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção sobre determinado fato que interessa à decisão da causa”<sup>207</sup>, sendo que, a prova pode significar a própria conclusão do que se extrai dos elementos de prova existentes, em relação a determinado fato. A norma processual distingue as fontes de prova, os meios de prova e os meios de investigação da prova. A fonte de prova consiste as pessoas ou coisas por intermédio das quais é possível obter a prova (ex: testemunhas e documentos). Os meios de prova, ou meios de produção de prova,

<sup>204</sup> IPPOLITO, Dario. *Luigi Ferrajoli's garantism*. Op. cit., p. 40.

<sup>205</sup> “O termo prova é empregado com várias significações: indica, de forma mais ampla, o conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo (meios de prova); e, ainda, dá nome ao resultado dessas atividades. As duas primeiras acepções correspondem aos respectivos objetivos antes mencionados, enquanto a última também está relacionada aos efeitos subjetivos que decorrem da atividade probatória. Mas, além desses sentidos mais claros e explícitos, a expressão envolve também, seja no discurso filosófico ou jurídico, seja na linguagem cotidiana, outras conotações de conteúdo nem sempre perceptível, de caráter emotivo, em virtude dos quais sua utilização tem o condão de provocar no interlocutor sentimentos de aceitação; aliás, etimologicamente, prova tem a mesma origem de *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), termo que indica aprovação, confiança, correção”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio apud GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *Direito à prova no processo penal*. Op. cit., p. 42.

<sup>206</sup> KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de. *Provas no processo: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 52.

<sup>207</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (Org.) *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 307.

são os instrumentos ou atividades, por meio dos quais os dados probatórios são inseridos no processo, correspondendo aos canais de informação de que serve o juiz (ex: prova documental e testemunhal), observando-se o princípio do contraditório, sendo que, em caso de vício, será nula a prova. Os meios de investigação da prova são os procedimentos regulados por lei, visando obter provas materiais, ressaltando que presente algum tipo de irregularidade na sua obtenção, a consequência será a inadmissibilidade da prova no processo penal<sup>208</sup>.

Predominantemente, pela doutrina, o termo prova<sup>209</sup> é utilizado como elemento para a formação da convicção do julgador, quanto a existência dos fatos praticados. Para Giuseppe Chiovenda, provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo.<sup>210</sup> Na doutrina brasileira, indicando um conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos, Aury Lopes Jr. defende que a produção de provas é uma reconstrução aproximativa do fato passado<sup>211</sup>, dada a finalidade retrospectiva do processo, que cria condições para a atividade recognitiva do juiz, legitimada na sentença:

O juiz julga no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanha). Assim, como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que

---

<sup>208</sup> Ibidem, p. 307-308.

<sup>209</sup> Para a doutrina, há prova típica e prova atípica. São típicas, as provas catalogadas e reguladas em lei, ou seja, para os quais é previsto um procedimento probatório específico. Em sentido contrário, a prova é atípica, sob a perspectiva de uma “posição ampliativa”, em duas situações apresentadas por Guilherme Madeira Dezem: 1) quando ela seja prevista no ordenamento, mas não o seja seu procedimento probatório, e 2) quando nem ela nem seu procedimento probatório sejam previstos em lei. KERR, Vera Kaiser Sanches. *A disciplina da prova*. Op. cit., p. 55.

<sup>210</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3. p. 109-14.

<sup>211</sup> “Na literatura processual, frequentemente é realizada uma analogia entre as atividades do juiz e do historiador, ambos interessados em reviver no presente acontecimentos ocorridos no passado, com o auxílio de provas. Quanto ao critério de individualização dos fatos a serem investigados, o historiador, movido por critérios de importância social, econômica e cultural, é livre na delimitação do fragmento da realidade passada sobre o qual versará a pesquisa. Lado outro, o juiz encontra-se vinculado ao objeto de postulações alheias, que restringem a investigação de fatos relevantes para a aplicação do direito. Recolhido o material probatório, o juiz é obrigado a chegar a uma conclusão, enquanto ao historiador, é permitido o ilimitado alargamento da pesquisa, até se convencer sobre a real ocorrência dos eventos investigados. Por fim, o historiador não está vinculado a nenhum procedimento apresentado pela comunidade científica, podendo até valer de intuições na descoberta do verdadeiro. Em sentido contrário, o magistrado atua nos limites das regras legais”. GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *Direito à prova no processo penal*. Op. cit., p. 43.

cumprirá essa pena e, seu presente, no futuro, será um constante reviver do passado<sup>212</sup>.

Em outras palavras, é a partir da reconstrução histórica dos fatos, que o julgador verifica as hipóteses levantadas na fase instrutória, para formar a convicção. Aury Lopes Jr., citando Franco Cordero, afirma que

os processos são máquinas retrospectivas que se dirigem a estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou, cabendo às partes formularem hipóteses, e o juiz escolher a mais provável, com estrita observância de determinadas normas, trabalhando com base em um conhecimento empírico<sup>213</sup>.

No pensamento de Tourinho Filho, o termo provar está diretamente relacionado com a verdade, provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade<sup>214</sup>; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entende-se, também, por prova, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio juiz, visando a estabelecer dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*<sup>215</sup>. Nas lições de Mittermaier, a prova é resultante da soma dos motivos geradores de certeza<sup>216</sup>.

Compreender que a função da prova, é estabelecer que a verdade dos fatos demonstra a natureza persuasiva da prova, com o fim de se obter, do julgador, uma adesão a certo ponto de vista, é legitimar as decisões judiciais, com a falsa ideia de verdadeiro. É neste sentido que as provas servem para “fazer crer” que o processo penal determina a “verdade dos fatos”, porque é útil que os cidadãos assim o

<sup>212</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 517.

<sup>213</sup> Ibidem, p. 519.

<sup>214</sup> “O conhecimento da verdade pelo homem constitui questão própria da especulação filosófica, em cujos domínios inúmeras teorias se entrecrocaram há milênios: desde as posições céticas, que excluem qualquer possibilidade de um saber absoluto, passando pelas doutrinas subjetivas, psicológicas ou epistemológicas, que encaram a verdade como um estado da mente ou uma crença, até as correntes objetivas, lógicas ou ontológicas, que afirmam ser possível a idéia de verdade como correspondência com os fatos, procuram-se respostas a esse problema fundamental e seguramente insolúvel. GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *Direito à prova no processo penal*. Op. cit., p. 43. A verdade no campo do direito está diretamente relacionada ao fim social de efetivação da justiça, pelo menos se cofinarmos ao direito em si sua autocompreensão. Partindo-se da reconstituição histórica de fatos, o Estado busca cumprir o dever da prestação jurisdicional adequada às provas dos autos, e assim, realizar a “justiça”. Para Marcos Antônio de Barros, “a verdade é um elemento fundamental que o direito persegue e visa atingir.” BARROS, Marcos Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. Op. cit., p. 29.

<sup>215</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3. p. 221.

<sup>216</sup> MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. Herbert Wuntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997. p. 55.

tenham, ainda que na realidade isso não suceda, e quiçá precisamente, porque na realidade essa tal verdade não pode ser obtida. No entanto, precisamos reforçar essa crença<sup>217</sup>.

É a partir da reconstrução aproximativa dos fatos passados, que o provimento judicial legitima-se. Assim, no Estado Democrático de Direito, a restrição da liberdade do cidadão só é legítima se resultante de um procedimento probatório que assegure tanto para a acusação, como para a defesa, as garantias processuais consagradas constitucionalmente. Antônio Magalhães Gomes Filho preleciona que, por legitimar a decisão judicial que será proferida:

(...) resulta-se a inclinável exigência de submissão dos procedimentos probatórios a certas regras, cuja a inobservância acarretaria uma inevitável fratura entre o julgamento e a sociedade no seio da qual o mesmo é realizado. Assim como o saber científico, que só adquire esse status na comunidade acadêmica após uma rigorosa verificação sobre a validade dos métodos de pesquisa utilizados, também a verdade judicial requer obediência a parâmetros bem delimitados no seu processo de construção, sem os quais confundir-se-ia com um tolerável arbítrio do juiz<sup>218</sup>.

Portanto, a garantia do direito das partes e a própria legitimação da jurisdição implica limitações ao objeto da prova, aos meios através dos quais os dados probatórios são introduzidos no processo, além de estabelecer os procedimentos adequados às operações relacionadas à colheita do material probatório. Nesse sentido, as provas que contrariarem o ordenamento, devem ser devidamente excluídas, tendo em vista que a apuração da verdade processual deve estar em consonância com os demais interesses protegidos pela ordem jurídica, sendo inadmissível transformar a atividade jurisdicional em fator de desagregação social<sup>219</sup>.

Apesar da doutrina processual brasileira entender que o procedimento probatório refere-se somente a atos recolhidos no processo, ou seja, nos aspectos endo-processuais, Antônio Magalhães Gomes Filho ressalta que o direito à prova também deve ser reconhecido fora do processo, como meio de se obter elementos que autorizem ou evite a persecução criminal. Nesse sentido, ele identifica três direitos ligados à questão probatória: 1) *direito à investigação*, argumentando que a

---

<sup>217</sup> TARUFFO, Michele apud LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 520.

<sup>218</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito a prova no processo penal*. Op. cit., p. 92.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 99

falculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para se exercer o direito à prova; 2) *direito de proposição*, correspondendo a um poder de iniciativa em relação à introdução do material probatório no processo, incluindo terceiro interessado, a exemplo do assistente de acusação; 3) *direito a admissão das provas*, que é a efetiva permissão para o ingresso dos elementos pretendidos pelos interessados.<sup>220</sup>

O direito à prova está diretamente relacionado ao princípio do contraditório. Para Antonio Magalhães Gomes Filho, consiste no “melhor método para a descoberta da verdade dos fatos e para a justa aplicação do direito à aquele que leva em conta as contribuições trazidas pela parte”<sup>221</sup>. Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, esse princípio “dá o tom de efetiva participação do réu na formação do convencimento judicial, e assim, na construção do provimento final de mérito”<sup>222</sup>. É durante a instrução probatória que o contraditório evidencia-se, com a participação ativa de todos os interessados no processo. Eduardo J. Couture estabelece que o processamento da prova nada mais é do que uma manifestação particular do contraditório. Como não se concebe o processo sem debate, tampouco se poderia conceber que uma parte produzisse uma prova sem um rigoroso controle por parte do adversário<sup>223</sup>.

No entanto, de encontro a garantia constitucional do contraditório, a reforma inserida no Código de Processo Penal, por meio da Lei nº 11.690/08, admite a utilização de elementos de convicção, desde que subsidiadas por outras provas produzidas sob o crivo do contraditório, como também autoriza, sem contraditório, a produção de provas cautelares não repetíveis e antecipadas. Flaviane de Magalhães Barros defende que, nesse último caso, haverá o risco de não se garantir o contraditório, nem mesmo o postergado, aumentando, assim, a possibilidade da prova produzida no inquérito ser utilizada ao final do processo como embasamento

---

<sup>220</sup> “A admissibilidade da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova repudados idôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos: daí sua habitual formulação em termos negativos: inadmissibilidade, proibição de prova. *exclusionary rules*”. Ibidem, p. 95.

<sup>221</sup> Ibid., p. 136.

<sup>222</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Op. cit., p. 327.

<sup>223</sup> COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 174.

único de uma sentença condenatória, abrindo-se, portanto, um horizonte maior de discricionariedade ao juiz.<sup>224</sup>

A partir das pretensões narradas das partes, devidamente fundadas nas provas produzidas sob o crivo do contraditório, que revelam a verdade aproximativa dos fatos, a decisão judicial é construída. Para Luigi Ferrajoli, a definição da noção de verdade, juntamente com as condições nas quais são “verificados” os fatos postos em juízo, constituem parâmetros de vital importância na teoria de um processo inserido num sistema garantista. Sem uma adequada teoria da verdade, toda a construção do direito pós-iluminista “termina apoiada na areia”<sup>225</sup>. Em outras palavras “As provas servem para estabelecer os fatos realmente relevantes para a produção da decisão, ou seja, para estabelecer e controlar a verdade das declarações feitas são as que se destinam (tradução livre).”<sup>226</sup>

O processo penal garantista busca desvelar a verdade processual, diminuindo o máximo de risco de uma sentença injusta ou arbitrária. Ela não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal, é uma verdade aproximativa<sup>227</sup>, condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. É uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição e, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial<sup>228</sup>. Neste sentido, destaca-se o princípio da relevância como critério fundamental de seleção de todas as provas admissíveis no nosso ordenamento jurídico.<sup>229</sup>

A verdade processual baseia-se na sua atendibilidade no respeito de um procedimento de tipo indutivo, por provas e contraprovas. As garantias processuais

<sup>224</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. *(RE)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, 11.719/08 e n. 11.900/09*. Op. cit., p. 27.

<sup>225</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 49-50.

<sup>226</sup> *Las pruebas sirven para establecer si los hechos relevantes para la decisión se han producido realmente y, en su caso, caules de ellos; es decir, para fundar y controlar la verdad de las afirmaciones que tienen a esos hechos por objeto*. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011. p. 23

<sup>227</sup> Assim como não se pode dizer com certeza sobre a movimentação ou estado de uma particular, onda ou de um pacote de energia, mas se estabelecer possibilidades prováveis para aquela ocorrência, a verdade sobre uma conduta humana dentro da realidade criminosa deve, até por uma questão de reconhecimento das limitações do processo cognitivo dos indivíduos, ser tida sempre como algo possível ou aproximado, ou como afirmou Neves Batista, deve-se ter uma “verdade necessária” para a boa aplicação da justiça, que é o objeto maior. SANTOS, Pedro Sérgio dos. *Direito processual penal & a insuficiência metodológica: a alternativa da mecânica quântica*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 168.

<sup>228</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 48.

<sup>229</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Op. cit., p. 166-168.

exigidas pela teoria garantista como condições da correta verificação do fato denotado como delito na hipótese acusatória consistem de fato em regras jurídicas que correspondem aos critérios epistêmicos do raciocínio indutivo<sup>230</sup>.

Os princípios propõem segurança e confiabilidade no resultado da instrução probatória realizada. Ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre a qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal<sup>231</sup>.

### 2.3. Direito a decisão criminal constitucionalmente adequada

A construção de decisão judicial não pode limitar-se a demonstrar apenas a correlação existente entre o fato narrado e norma jurídica. A análise da garantia de uma decisão constitucionalmente adequada exige uma investigação da correta construção dos sentidos das normas jurídicas a partir de casos concretos.

O saber jurídico engloba várias concepções de interpretação<sup>232</sup>, eleitas pelo intérprete considerando as razões do marco conceitual e os fins de uma teoria

<sup>230</sup> IPPOLITO, Dario. *Luigi Ferrajoli's garantism*. Op. cit., p. 38.

<sup>231</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Op. cit., p. 326.

<sup>232</sup> 1. *La interpretación sensu largissimo se define como la comprensión de un objeto en tanto que fenómeno cultural. Si nos encontramos, por ejemplo, con una piedra de una forma particular nos podríamos preguntar si es el resultado de fuerzas naturales como el viento o el agua, o product del trabajo humano como instrument u obra de arte.* 2. *Interpretación sensu largo significa comprensión de cualquier signo lingüístico. En otras palabras, para entender un signo de un lenguaje dado hay que interpretarlo atribuyéndole un significado de acuerdo con las reglas de sentido de ese lenguaje.* 3. *Interpretación sensu stricto quiere decir determinación de un significado de una expression linguistica cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación.* WRÓBLEWSKI Jersy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L, 2001. Traducción de Arantxa Azurda. Revisión y nota introductoria de Juan Igartua Salaverria. p. 21-22. A jurisprudência e os precedentes também são fatores essenciais para a interpretação e aplicação do direito. Os precedentes referem-se a uma decisão relativa a um caso particular, sendo que a decisão que se assume como precedente é uma só. Lado outro, a jurisprudência refere-se a uma pluralidade de decisões. TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale scientifica, 2007. p. 8-10

previamente estabelecida. Conectados às concepções, o exercício interpretativo exige a determinação das fontes e do objeto da interpretação. De acordo com Jersy Wróblewski, “O objetivo da interpretação jurídica é sempre um texto de uma regra jurídica, expressos por dispositivos ou bem como norma, e esta regra está formulada em uma linguagem jurídica (tradução livre)”<sup>233</sup>, que não são bastante claros para os fins determinados de comunicação.

A interpretação jurídica desempenha um papel central em qualquer discurso jurídico, sendo “fortemente influenciada por problemas práticos e pela ideologia operativa de aplicação do direito (tradução livre)”<sup>234</sup>. Considerando a Teoria Geral da Interpretação Jurídica, proposta por Jersy Wróblewski, a combinação destes problemas aponta duas tendências opostas, escolhidas pelo intérprete a partir de construções teóricas de significado e postulados ideológicos. Para a primeira, a interpretação corresponde ao descobrimento do significado inerente ao texto legal, sendo que a atividade interpretativa reconstrói este significado. A segunda tendência apresenta a interpretação como a atribuição de um significado ao texto normativo, sendo que a atividade interpretativa é similar à função do legislador. Por meio da interpretação operativa, o órgão que aplica o direito tem que determinar o significado do texto normativo de maneira suficientemente precisa para atender os fins da decisão<sup>235</sup>. A precisão funda-se em diretivas interpretativas, que após serem valoradas, justificam o provimento final. Portanto,

A decisão interpretativa se justifica por referência as diretivas interpretativas concebidas como regras para determinar o significado do texto interpretado. A eleição das diretivas em questão, e frequentemente seu uso, depende de valorações, e portanto, a justificação das decisão em questão tenderia a explicitar os valores aceitos por quem toma a decisão (tradução livre)<sup>236</sup>.

A interpretação constitucional é um caso especial de interpretação. Por meio

---

<sup>233</sup> *El objeto de la interpretación legal es siempre un texto de una regla legal, expresada bien como disposición o bien como norma, y esta regla está formulada en un lenguaje legal.* WRÓBLEWSKI, Jersy. Op. cit., p. 26.

<sup>234</sup> *Fuertemente influida por problemas prácticos y por la ideología operativa en la aplicación del derecho.* Ibidem, p. 18.

<sup>235</sup> Ibid., p. 18.

<sup>236</sup> *La decisión interpretativa se justifica por referencia a las directivas interpretativas que han sido concebidas como reglas para determinar el significado del texto interpretado. La elección de las directivas en cuestión, y frecuentemente su uso, dependen de valoraciones y, por tanto, la justificación de la decisión en cuestión tendría que explicitar las valoraciones (o valores) aceptados por quien toma la decisión.* Ibid., p. 35-36.

de uma linguagem vaga e termos abertos a norma constitucional apresenta um conjunto de princípios consistentes e coerentes, hierarquicamente superiores às demais regras do sistema jurídico, regulando direta e indiretamente a conduta humana. A ausência de significados estritamente definidos é uma garantia do Estado de Direito, que não é estático, pelo contrário, está vinculado a uma constante dinâmica social. Portanto, a utilização de termos valorativos como “liberdade”, “igualdade” e “justiça social”, define valores políticos, sociais, culturais e econômicos do modelo de Estado vigente, que influenciam diretamente nas valorações e, por consequência, nas justificações das decisões interpretativas.

Nos ensinamentos de Jersy Wróblewski, a interpretação constitucional apresenta três principais funções que não se excluem entre si: 1) função de orientação, que visa oferecer uma informação a cerca de que comportamento fere ou não as regras constitucionais; 2) função de aplicação nos casos de interpretação operativa da Constituição, quando as regras são base normativa da Constituição e 3) a função de controle da aplicação das normas constitucionais pelo corpo político e órgãos judiciais, incluindo o autocontrole.<sup>237</sup> O exercício destas funções, nos sistemas jurídicos contemporâneos, exige uma atividade intensa do intérprete que, diante da dinâmica social e da variedade de argumentos, não pode limitar-se a afirmar que existe uma única interpretação correta<sup>238</sup> para as decisões, considerando que esta tese apresenta sérios problemas teóricos, traduzindo-a em um mero pressuposto ideológico.

No Estado Democrático de Direito “para conservar o desenvolvimento social saudável e seguro, devemos dispor de meios racionais para governar o desacordo (tradução livre)”<sup>239</sup>. Entretanto, segundo Aulis Aarnio, a mera racionalidade “não garante o

---

<sup>237</sup> Ibid., p. 93-95.

<sup>238</sup> *La tesi de Dworkin de que existe una respuesta correcta presupone: 1) que los principios forman parte del Derecho; 2) que un “juez Hércules”- que ejemplifica una situación ideal de habla – sería capaz de encontrar esa respuesta. Aarnio califica de problemática tanto la primera afirmación (? por qué – en virtud de qué – son los principios parte del Derecho?) como la segunda (para saber que la “ponderación” que lleva a cabo Hércules es la mayor, la más coherente, necesitaríamos presuponer un súper-Hércules, y así hasta el infinito; además, Hércules no es un mero autómatas racional, sino también un ser creativo – que efectúa razonamientos no meramente deductivos-).* ATIENZA, Manuel. Sobre la única respuesta correcta. In: AARNIO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010. p. 48.

<sup>239</sup> *Para conservar un desarrollo social sano, dinámico y seguro, debemos disponer de medios racionales para “governar” el desacuerdo* Para conservar o desenvolvimento social saudável e seguro, devemos dispor de meios racionais para governar o desacordo. AARNIO, Aulis. ¿Una Única

conteúdo essencial da decisão”<sup>240</sup>, sendo que as exigências da racionalidade são cumpridas pelo discurso interpretativo como condição essencial para a certeza jurídica. Diferentes concepções de vida resultam uma atmosfera social marcada por diferentes desejos e valores. Portanto, na posição filosófica adotada por Aarnio e denominada de Convencionalismo Relativista Moderado, pode-se considerar cada resposta correta, a partir dos critérios estabelecidos. O princípio democrático afasta a manipulação ditatorial sob o uso da força e traz a garantia de participação, que corresponde ao controle do conteúdo das decisões jurídicas. Neste sentido, preleciona Aulis Aarnio:

O principio da democracia é importante. Baseia-se essencialmente na ideia de participação, que por sua vez pressupõe a aceitação da exigência de abertura. A participação significa a possibilidade de controlar a tomada de decisões. Na tomada de decisões políticas, o controle se realiza por exemplo, mudando representantes. O controle, sem embargos, é também algo diferente e algo mais. Supõe também a supervisão do conteúdo das decisões. O controle, desta forma, exige a publicidade das decisões, em uma decisão jurídica, especificamente a publicidade das justificações. Estar presente nas questões jurídicas comuns baseia-se, em uma democracia, na justificação de decisões (tradução livre)<sup>241</sup>.

A partir deste entendimento, o modelo interpretativo de um Estado Democrático não exige uma resposta correta, mas uma resposta que tenha a melhor justificação possível que pode ser aceita pela maioria da comunidade jurídica ideal, orientada pelas regras de um discurso racional. Assevera Aulis Aarnio que as justificações, fundadas em valorações, cumprem melhor as exigências estabelecidas pelas expectativas da certeza jurídica, ademais, nada impede que mudanças de valores da sociedade modifiquem a decisão da maioria. O resultado destas diretrizes, o autor denomina de princípio regulador<sup>242</sup>.

---

Respuesta Correcta? In: AARNIO, Aulis; ATIENZA, Manuel; LAPORTA, Francisco J. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010. p. 32.

<sup>240</sup> *No garantiza el contenido esencial de la decisión*. Ibid., p. 32.

<sup>241</sup> (...) *el principio de la democracia es importante. Se base esencialmente en la idea de participación que, a su vez, presupone la aceptación de la exigencia de apertura. La participación significa la posibilidad de controlar la toma de decisiones. En la toma política de decisiones, el control se realiza, por ejemplo, cambiando a los representantes. El control, sin embargo, es también algo distinto y algo más. Supone también la supervisión Del contenido de las decisiones. El control, de esta forma, exige la publicidad de la toma de decisiones, en una decisión jurídica, específicamente la publicidad de las justificaciones. El estar presente en las cuestiones jurídicas comunes se basa, en una democracia, en la justificación de las decisiones*. AARNIO, Aulis. ¿ Una Única Respuesta Correcta? Op. cit., p. 32.

<sup>242</sup> Ibidem, p. 33-45.

O princípio regulador é uma das garantias básicas do Estado de Direito. O princípio regulador é uma das garantias básicas do Estado de Direito. Neste âmbito a formulação de uma única resposta correta não nos ajuda em absoluto. Não satisfaz nossas necessidades sociais e não serve de instrumento para se alcançar o melhor resultado possível, e decidir com a máxima aceitabilidade. O que realmente necessitamos na sociedade não é uma misteriosa e única resposta correta, mas uma justificação racional das decisões, na medida do possível e uma aceitação genuína e equitativa do princípio regulador em todo raciocínio jurídico. (tradução livre)<sup>243</sup>.

#### 2.4. Limites da decisão criminal

Diante da pluralidade interpretativa, as premissas garantistas que norteiam do Estado Democrático de Direito, configuram-se como mecanismos de “diminuição” de riscos de uma decisão arbitrária e ilegítima. A decisão criminal consiste no resultado dialético da sucessão de reações individuais ocorridas no curso do processo, na busca da verdade aproximativa da realidade dos fatos. Esse descobrimento, não pode prescindir de estrita obediência aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. “A obediência a essa regra fundamental é indispensável para que se evite a propagação de injustiças, fundadas em “meias verdades” ou em mera hipótese que não se converteu em verdade”.<sup>244</sup>”

O ato de maior relevância para o processo é o provimento final. Baseada em provas produzidas pelas partes, a autoridade julgadora poderá restringir o direito de liberdade do cidadão. As atividades probatórias realizadas sob a estrita observância da garantia do contraditório criam condições para que o juiz aprecie e avalie os elementos recolhidos e oferecidos pelas partes, extraindo a convicção a respeito dos fatos investigados. Para Antonio Magalhães Gomes Filho, é “inegável que a função do julgador encontra-se estreitamente vinculada à atividade probatória permitida e desenvolvida pelas partes, pela obrigação de apreciar, efetivamente, todo o material

<sup>243</sup> (...) *el principio regulador es una de las garantías básicas del Estado de derecho. (Rechtsstaat). En este ámbito, la formula de la “única respuesta correcta” no nos ayuda en absolute. No satisface nuestras necesidades sociales y no facilita herramientas para que el abogado alcance “el mayor resultado posible”, es decir, la máxima aceptabilidad. Lo que realmente necesitamos en la sociedad no es una misteriosa única respuesta correcta, sino una justificación racional de las decisions en la medida de lo posible, y una aceptación genuine y equitativa del principio regulador en todo el razonamiento jurídico.* Ibid., p. 45.

<sup>244</sup> BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal.* Op. cit., p. 43.

introduzido no processo como decorrência daquele direito.”<sup>245</sup> Portanto, as provas admitidas no procedimento penal, integram o que se poderia chamar de *modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença<sup>246</sup>.

Em oposição ao sistema das provas legais<sup>247</sup> (em que o julgador constata a existência da prova, deduzindo, em seguida seu valor) e o sistema da íntima convicção<sup>248</sup> (em que o julgador é completamente livre para valorar a prova), o critério do livre convencimento motivado, ou persuasão racional, pressupõe a ausência de regras absolutas e gerais de valoração probatória. O julgador é livre para formar o seu convencimento, sem estar comprometido com qualquer critério de valoração prévia. Embora livre, tem o dever de declinar as razões que o levaram a optar por determinada prova<sup>249</sup>, porque toda a valoração é orientada no sentido de apurar a verdade dos fatos. O novo critério sustenta a garantia da fundamentação das decisões.

Ele refere-se a não submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo a vontade da maioria. A legitimidade do juiz não decorre do consenso, tampouco da democracia formal, senão do aspecto substancial da democracia, que o legitima enquanto guardião da eficácia do sistema de garantias da Constituição na tutela do débil submetido processo<sup>250</sup>.

O livre convencimento é, sobretudo, convicção fundamentada, ou seja, convencimento transparente, justificado perante as partes e a sociedade, assim, diante da progressiva tendência de constitucionalização das garantias penais e

<sup>245</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. Op. cit., p.160

<sup>246</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 518.

<sup>247</sup> “No sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável. Embora imbuído de bons propósitos, o aludido sistema revelou-se uma faca de dois gumes. Como, para a obtenção da condenação, era necessária a obtenção de um certo número de pontos, quando não se chegava a esse número, a prova era obtida a partir da totura, já que essa fazia prova plena”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Op. cit., p. 338.

<sup>248</sup> “O princípio da íntima convicção autoriza o julgamento com liberdade plena, sem qualquer critério probatório (...). Despedida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento”. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 543. “A concepção irracionalista da *intime conviction* é evidentemente incompatível com uma concepção epistêmica do processo: acaba por configurar e legitimar decisões puramente subjetivas, e, por conseguinte, substancialmente arbitrárias, do juiz de fato. Decisões desse gênero – como é óbvio – nada têm a ver com a apuração da verdade”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Op. cit., p. 189.

<sup>249</sup> OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Op. cit., p. 338.

<sup>250</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 544.

processuais, a obrigatoriedade da fundamentação das decisões cumpre funções processuais e extraprocessuais, por permitir, respectivamente, impugnações e um controle popular sobre a atuação dos órgãos estatais<sup>251</sup>. Nessa perspectiva, assevera Eugênio Pacelli de Oliveira que umas das maiores preocupações da teoria do garantismo reside na formação do convencimento judicial, ou seja, na exigência de se proferir uma decisão fundada em um verdadeiro conhecimento, considerando que para o filósofo italiano, a verdade processual situa-se no âmbito de um saber-poder, ou seja, uma combinação de conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*), de tal maneira que tanto mais garantista será o processo ou o procedimento judicial destinado à produção da verdade processual quanto maior for a exigência e o controle do saber da decisão, e, via de consequência, menor o componente de poder nele contido<sup>252</sup>.

Não há dúvida: o juiz deve orientar-se pelo conhecimento efetivo dos fatos, sendo-lhe vedado construir o seu convencimento a partir de eventuais sentimentos e convicções pessoais sobre o *direito* em disputa, e, sobretudo, sobre as *pessoas* sob julgamento. O que se espera de uma decisão judicial em matéria penal não é o julgamento de um suposto padrão de comportamento social (tais pessoas *são* dessa ou daquela maneira), mas de um *comportamento* individual (tal pessoa *agiu* dessa maneira); o julgamento de um *fato* e não o julgamento de seu autor<sup>253</sup>.

E, especialmente em relação à reconstrução dos fatos, é a motivação que garante e exprime a natureza cognitiva do julgamento penal, necessariamente vinculado à prova da hipótese fática formulada pela acusação; é por meio dela que será possível distinguir a decisão arbitrária, fruto exclusivo do poder, daquela amparada pela prova capaz de superar a presunção de inocência do acusado, ou seja, resultante de um saber; só através da indicação dos motivos da decisão será viável constatar a existência de um nexo entre o convencimento e as provas produzidas. A motivação permite a fundamentação e o controle de decisões de direito e de fato.<sup>254</sup>

As expressões motivação e fundamentação propõem idêntico sentido, pois motivar ou fundamentar é fornecer os motivos, os fundamentos, as razões,

<sup>251</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. Op. cit., p. 163.

<sup>252</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 185.

<sup>253</sup> Ibidem, p. 186.

<sup>254</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p.573

ou seja, as bases, os alicerces, as linhas que sustentam a decisão. A decisão sempre precede a fundamentação e esta sempre precede ao discurso motivador, muito embora entre o ato de decidir e o ato de motivar exista uma íntima conexão<sup>255</sup>.

A fundamentação constitui um dos requisitos formais das decisões judiciais, com a finalidade de favorecer a correta interpretação do ato decisório, além de desempenhar um valor psicológico de persuasão diante dos bons argumentos tanto de fato como de direitos, apresentados pelo julgador ao construir sua decisão. Sua exigência integra todo o sistema de garantias penais e processuais cuja rigorosa observância constitui condição de legitimidade para a aplicação de responsabilidade penal. Como garantia, ela assenta-se em três pontos:

São três os pontos básicos em que se assenta a idéia de motivação como garantia: primeiro, aparece como garantia de uma atuação equilibrada e imparcial do magistrado, pois só através da motivação será possível verificar se ele realmente agiu com a necessária imparcialidade; num segundo aspecto, manifesta-se a motivação como garantia de controle da legalidade das decisões judiciárias; só a aferição das razões constantes da sentença permitirá dizer se esta deriva da lei ou do arbítrio do julgador; finalmente, a motivação é garantia das partes, pois permite que elas possam constatar se o juiz levou em conta os argumentos e a prova que produziram: como visto, o direito à prova não se configura só como direito a produzir prova, mas também como direito à valoração da prova pelo juiz<sup>256</sup>.

Nesta perspectiva, a garantia constitucional da motivação apresenta-se estreitamente ligada a outras garantias norteadoras do modelo garantista, e devem ser consideradas em conjunto. Na verdade, ela corresponde a garantia das garantias, na medida em que é empregada como instrumento para a tutela de outras garantias processuais. A exigência da motivação limita a atividade do julgador, estimulando uma efetiva imparcialidade no ato de julgar, porque (...) “não seria razoável admitir pudesse o juiz, ignorando os resultados de todas aquelas atividades, proferir decisões que constituam produto de simples vontade pessoal”<sup>257</sup>.

Antonio Magalhães Gomes Filho, citando Colesanti, destaca que a motivação corresponde a última manifestação do contraditório, tendo em vista que o

<sup>255</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella; CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José; KREBS, Pedro (Coords.). A sentença penal. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 2, n. 4, p. 47-77, set.-dez., 2001. p. 60.

<sup>256</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 209.

<sup>257</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 97.

dever de enunciar os motivos do provimento reduz-se para o juiz na obrigação de considerar os resultados do contraditório, demonstrando que a formação da decisão judicial desenvolveu-se a partir da relevância dos argumentos apresentados pelos interessados. Caso contrário, o complexo feixe de prerrogativas, poderes e garantias asseguradas às partes, durante todo o procedimento penal, poderiam ser desprezadas pelo juiz da decisão, o que é inadmissível no Estado Democrático de Direito<sup>258</sup>. A motivação assegura a efetividade do duplo grau de jurisdição. Neste sentido, por meio da precisa indicação de todos os passos e opções tomadas para a formação da decisão, a parte interessada avaliará a viabilidade de interpor ou não um recurso. É a análise das razões da decisão impugnada que constituirá o ponto de referência para se desenvolver os argumentos apresentados pelo recorrente para postular a invalidação ou reforma da decisão proferida<sup>259</sup>.

Diante do crescente aumento da criminalidade, exigindo a atuação estatal por meio do exercício do poder punitivo, somente um modelo de processo estruturado de forma a assegurar a preservação de determinados valores compartilhados do grupo social pode legitimar a intervenção estatal<sup>260</sup>. A criminalidade corresponde a um fenômeno social normal, resultado das transformações constantes na sociedade. Diante das infrações aos direitos e interesses do indivíduo, as normas e os princípios tem a finalidade de regular a convivência humana e assim solucionar os conflitos formados diante da violação dos bens jurídicos protegidos.

Atualmente, não é possível pensar no exercício do poder punitivo estatal sem considerar os princípios constitucionais do controle penal, norteadores do Estado Democrático de Direito, voltados para a proteção dos direitos humanos, embasado no modelo garantista ferrajoliano. A aplicação de qualquer sanção penal deve ser necessária e mínima entre as possíveis, com a finalidade de prevenir a prática de novos delitos, exigindo-se, dentro da prisão, a garantia das condições mínimas de vida. O crescimento dos movimentos repressivistas e o interesse social não podem ser acontecimentos aptos a afastar as premissas delimitadoras do

---

<sup>258</sup> COLESANTI, Vittorio. Principio del contraddittorio e procedimenti speciali apud GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *A motivação das decisões penais*. Op. cit., p. 100.

<sup>259</sup> Ibidem, p. 103.

<sup>260</sup> Ibid., p. 30.

modelo garantista, em detrimento de direitos fundamentais. Afirmar que a pena aplicada não pode perverter o réu quer dizer que a pena,

não reedue, mas também que não desedue, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora; que não pretenda fazer o réu melhor, mas que tampouco o torne pior. Mas para tal fim não há necessidade de atividades específicas diferenciadas e personalizadas. É necessário, sobretudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam para todos as mais humanas e as menos aflitivas possíveis; que em todas as instituições penitenciárias esteja previsto o trabalho – não obrigatório, senão facultativo – juntamente com o maior número possível de atividades coletivas, de tipo recreativo e cultural; que na vida carcerária se abram e desenvolvam espaços de liberdade e de sociabilidade mediante a mais ampla garantia de todos os direitos fundamentais da pessoa; que, por fim, seja promovida a abertura da prisão – os colóquios, encontros conjugais, permissões, licenças etc. – não mediante a distribuição de prêmios e privilégios, senão com a previsão de direitos iguais para todos. É provável que tudo isso, ainda que necessário, resulte insuficiente para impedir a função perversa e criminógena do cárcere<sup>261</sup>.

Delinear o modelo garantista em abstrato é uma tarefa fácil. Difícil, é modelar as técnicas judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados. No entanto, conforme ressalta Ferrajoli, a lealdade institucional dos poderes públicos, a maturidade democrática das forças políticas e sociais, com a disponibilidade de defender e lutar pelos direitos, buscam sustentar na prática, o modelo garantista<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Op. cit., p. 365-366.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 865.

### 3. REVISITANDO A FORMAÇÃO DA PROVA CRIMINAL

A construção de decisão criminal está diretamente vinculada à verdade extraída das provas levantadas no procedimento penal. Valorados, os elementos probatórios são os fundamentos utilizados pelo intérprete para o controle da verdade das afirmações narradas pelas partes interessadas. Em um Estado estruturado em premissas garantistas, não se admite a utilização de provas que afetem os direitos fundamentais tutelados. É neste sentido, que se impõem discorrer sobre produção de provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, as provas ilícitas por derivação e sua influência na “revelação da verdade”, e por consequência, na formação da decisão final.

#### 3.1. Dimensão ilícita da prova

A atuação estatal na esfera penal tem por finalidade restaurar a ordem violada pela prática de uma conduta delituosa. Assim, seria inconcebível que, para se impor uma pena, se utilizasse de métodos que não levassem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material.<sup>263</sup> Em que pese argumentos no sentido de que a “disciplina jurídica das provas poderia ser reduzida vantajosamente ao princípio segundo o qual toda e qualquer prova relevante deveria, por isso mesmo, ser considerada admissível”<sup>264</sup>, a partir da instituição do Estado Democrático de Direito, a impossibilidade de utilização das provas<sup>265</sup> obtidas com infringência às garantias constitucionais transformou-se em um limite

---

<sup>263</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. *Direito à prova no processo penal*. Op. cit., p. 99.

<sup>264</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Op. cit., p. 170.

<sup>265</sup> A doutrina e a jurisprudência de diversos países oscilaram, durante algum tempo, quanto à admissibilidade processual das provas ilícitas. Da posição inicial, que admitia a prova relevante e pertinente, preconizando apenas a punição do responsável pelo ato ilícito (penal, civil ou administrativa) praticado na colheita ilegal da prova, chegou-se a conclusão de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser banida do processo, por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade, por vulnerar normas ou princípios constitucionais. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 135.

intransponível na construção da verdade.“ Todo o direito penal legalmente instituído enfrenta a necessidade de harmonizar, por um lado, o interesse na busca da verdade e, por outro lado, o interesse do processado na salvaguarda de seus direitos individuais. (Tradução livre)<sup>266</sup>.

Salienta Manuel Miranda Estrampesque “a teoria da prova ilícita é, talvez, uma das materiais mais complexas no campo da dogmática processual e uma das mais emocionantes, pois apresenta claras implicações e conotações constitucionais (tradução livre)<sup>267</sup>”. Primeiramente, ao se abordar o tema, a primeira dificuldade enfrentada pela doutrina estrangeira e nacional, é a ausência de uniformidade acerca do conceito.

Buscando analisar o conceito de prova ilícita, doutrinadores estabelecem duas concepção, sendo uma genérica e outra restritiva. Para a primeira concepção, prova ilícita é aquela que atenta contra a dignidade da pessoa humana, ou seja “a dignidade da pessoa se constitui peça chave do conceito de prova ilícita. Todo o meio de prova que atente contra ela torna-se ilegal, e por conseguinte, inadmissível (tradução livre)<sup>268</sup>. Em outra perspectiva, “considera-se prova ilícita aquela que se encontra afetada por uma conduta dolosa, quanto ao método de produção, isto é, aquela que foi obtida de forma fraudulenta, por meio de uma conduta ilícita (tradução livre).”<sup>269</sup>. Para a segunda concepção, predominante, a prova ilícita “é um conceito que limita apenas a prova ilícita obtida ou produzida com violação dos direitos fundamentais (tradução livre)<sup>270</sup>”.

---

<sup>266</sup> *Todo Derecho Procesal Penal legalmente instituído se enfrenta ante la necesidad de harmonizar, por un lado, el interes en la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del procesado en la salvaguardia de sus derechos individuales.* ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal.* Trad. Carmen Gómez Rivero e Maria del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 121.

<sup>267</sup> *La teoría de la prueba ilícita es quizás una de las materias más complejas en el campo de la dogmática procesal, pero a la vez es una de las más apasionantes pues presenta unas claras implicaciones y connotaciones constitucionales.* ESTRAMPES, Manuel Miranda. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal.* 2. ed. rev. y ampl. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

<sup>268</sup> *La dignidad de la persona se constituye en pieza clave del concepto de prueba ilícita; todo medio de prueba que atente contra la misma deviene ilícito y, por conseguinte, inadmissible* A dignidade da pessoa se constitui peça chave do conceito de prova ilícita. Todo o meio de prova que atente contra ela torna-se ilegal, e por conseguinte, inadmissível (tradução livre). *Ibidem*, p. 20.

<sup>269</sup> *Considera-se que la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conduta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida de forma fraudulenta a través de una conduta ilícita* Considera-se prova ilícita aquela que se encontra afetada por uma conduta dolosa, quanto ao método de produção, isto é, aquela que foi obtida de forma fraudulenta, por meio de uma conduta ilícita (tradução livre). RODONDO, Alberto Monton apud ESTRAMPES, Manuel Miranda. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal.* Op. cit., p. 20.

<sup>270</sup> *Es aquella que circunscribe exclusivamente el concepto de prueba ilícita a la obtenida o practicada con violación de derechos fundamentales.* *Ibidem*, p. 22.

Adotando a segunda concepção, o ordenamento jurídico brasileiro veda expressamente, em nível constitucional, a admissibilidade de provas ilícitas no processo. Analisando o tema, Gilmar Mendes destaca o vínculo existente entre as provas ilícitas e a proteção dos direitos fundamentais.

O âmbito de proteção da garantia quanto à inadmissibilidade da prova ilícita está em estreita conexão com outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV, in fine), dentre outros. A obtenção de provas sem a observância das garantias previstas na ordem constitucional ou em contrariedade ao disposto em normas de procedimento configurará afronta ao princípio do devido processo legal<sup>271</sup>.

A finalidade da inadmissibilidade, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, é atuar “no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção.”<sup>272</sup> Com efeito, presta-se também a tutelar direitos e garantias individuais e a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo. No que tange aos direitos individuais, a vedação tem como destinatário imediato a proteção à intimidade, à privacidade, à imagem e à inviolabilidade de domicílio, que são os direitos mais atingidos pelos atos investigatórios. Quanto a questão da validade da prova, o reconhecimento da ilicitude impede a utilização de métodos que possuem a idoneidade probatória duvidosa. O princípio exerce ainda, uma função eminentemente pedagógica, desestimulando os agentes públicos à repetição de novas práticas abusivas.<sup>273</sup>

Para Magalhães Gomes Filho, a vedação constitucional de utilização de provas ilícitas apresenta um fundamento processual e outro extra-processual. No primeiro caso, a inadmissibilidade versa na vedação de utilização de provas cujo o vício possa comprometer a veracidade de sua informação e portanto, induzir o julgador a erro. No segundo caso a vedação é política, destinada exclusivamente a proteger outro bem jurídico<sup>274</sup>. Nesse sentido, não há dúvida de que a garantia constitucional da prova obtida por meio ilícito, tem como pressuposto a afirmação de

<sup>271</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 1499 – 1500.

<sup>272</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Op. cit., p. 343.

<sup>273</sup> Ibidem, p. 343.

<sup>274</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. *Direito à prova no processo penal*. Op. cit., p. 96-104.

direitos fundamentais, ante a limitação da atividade probatória, seja ela desenvolvida por particulares ou pelo Estado, neste último, no exercício do seu *ius puniendi*. Nesta linha, preceitua Bruno César Gonçalves da Silva:

O princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos integra a base normativa que compõe o “modelo constitucional de processo”, instituído para definir a forma legítima de construção desta, a proteção dos direitos fundamentais passíveis de afetação durante a persecução penal, sendo esta, portanto, a principal finalidade a ser atribuída ao referido princípio<sup>275</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Penal 307-3 – DF, decidiu que é indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste de idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo a apuração da verdade<sup>276</sup>. Neste sentido, o voto do Ministro Celso Antonio de Mello destaca que:

a cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público - tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concrecionistas mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova - de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder judiciário. A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. Prova ilícita, sendo providência instrutória eivada de inconstitucionalidade, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica.<sup>277</sup>

Analisando a característica dúplice da inadmissibilidade da prova ilícita, Eugênio Pacelli de Oliveira destaca que do ponto de vista do processo, o princípio se desdobra em duas direções distintas, mas dirigidas ao juiz. Por um lado a

<sup>275</sup> SILVA, Bruno César Gonçalves. *Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2010. p. 79.

<sup>276</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 114.

<sup>277</sup> MELLO, Celso de. *Inadmissibilidade de provas ilícitas*. Acao penal n. 307-3. Voto (preliminar sobre ilicitude). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/apenal3073htm.htm>>. Acesso em: 28 de out. 2013.

vedação impõe a observância das regras do jogo, limitando, assim, a valoração da prova ilícita obtida, portanto, ela deve ser ignorada para não implicar tratamento desigual às partes. Em outro sentido, a vedação influiria como regra de convencimento, impedindo que o juiz construísse a sua certeza fundando-se em material produzido fora do controle judicial. Na perspectiva de aplicabilidade fora do processo, ou para além da função de garantia processual, o conteúdo do princípio é tipicamente material, visando tutelar direitos fundamentais<sup>278</sup>.

Considerando a enorme repercussão da regra de exclusão probatória e sua eficácia, o estudo da prova ilícita nos exige realizar a distinção legal entre prova ilícita e prova irregular.

Por prova ilícita, entende-se aquela prova obtida e/ou praticada com violação aos direitos fundamentais. Lado outro, a prova irregular é aquela obtida, proposta ou praticada em violação das regras processuais que regem o processo de prova sem afetar o núcleo dos direitos fundamentais (tradução livre)<sup>279</sup>.

Aury Lopes Jr, ressaltando que a prova ilegal é gênero, do qual são espécies a prova ilegítima ou irregular e a prova ilícita, realiza a seguinte diferenciação: a prova é ilegítima quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção, em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo<sup>280</sup>. Em sentido contrário, a prova ilícita “é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento de sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este”<sup>281</sup>.

A ilicitude pode ser produzida em dois momentos distintos, “No momento da produção da prova e no momento da inserção dessas provas no processo (tradução nossa)”<sup>282</sup>, ou seja, dentro ou fora a do processo. Afetando o trabalho de

<sup>278</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 184-185.

<sup>279</sup> *Por prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales. Por el contrario, prueba irregular sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales*. ESTRAMPES, Manuel Miranda. Op. cit., p. 17-19.

<sup>280</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 577-578.

<sup>281</sup> *Ibidem*, p. 578.

<sup>282</sup> *en el momento de la obtención de las fuentes de prueba y en el momento de la incorporación de dichas fuentes de prueba al proceso*. ESTRAMPES, Manuel Miranda. Op. cit., p. 31.

investigação dos fatos “A ilicitude extraprocessual é aquela produzida fora da esfera processual (tradução livre)”<sup>283</sup>, possui eficácia erga omnes, apresentando-se com maior frequência na prática. Lado outro, “A ilicitude endoprocessual é aquela que afeta o processual, ou seja, quando afeta a proposição, admissão e produção da prova durante o processo (tradução livre)”<sup>284</sup>.

Efetivada a obtenção ou a produção de prova ilícita, a consequência imediata que se extrai da regra é a “sanção” de sua inadmissibilidade, negando, assim, todo o seu valor probatório. Nesse sentido, preleciona Manuel Miranda Estrampes:

Se a prova ilícita se incorporar ao processo, não impede a possibilidade de denunciar e apreciar sua ilicitude e a consequência será a proibição de sua valoração por parte do Tribunal sentenciador que não poderá fundamentar um pronunciamento baseado em uma prova ou provas ilícitas<sup>285</sup>.

A “*inutilizzabilità*”<sup>286</sup> da prova ilícita, como proibição de outorga da validade de alguma prova ilícita exibe seus efeitos em momentos distintos: no momento da admissão do meio de prova e no momento de sua valoração ou apreciação judicial. (tradução livre)”<sup>287</sup>. A única forma de se garantir a ineficácia das provas ilícitas é impedir que elas sejam incorporadas ao processo, a fim de se evitar influências na formação da convicção do julgador, no momento de realizar a valoração das provas.

O controle sobre a legalidade ocorre em sede de admissibilidade da prova:

---

<sup>283</sup> *La ilicitud extraprocesal es aquella producida fuera de la esfera o marco del proceso propiamente dicho.* Ibidem, p. 28.

<sup>284</sup> *La ilicitud intraprocesal es aquella que afecta a un acto procesal, es decir, cuando afecta a la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso.* Ibidem, p. 30.

<sup>285</sup> *Si la prueba ilícita se incorporó al proceso no impide la posibilidad de denunciar y apreciar su ilicitud y la consecuencia será la prohibición de su valoración por parte del Tribunal sentenciador quien no podrá fundamentar un pronunciamiento condenatorio sobre la base de una prueba o pruebas ilícitas.* Ibid., p. 28.

<sup>286</sup> La doctrina italiana viene utilizando el concepto de *inutilizzabilità* para referirse a la consecuencia jurídica (sanzione processuale) que deriva de la infracción de las prohibiciones legales en la obtención de la prueba, consistente en su ineficacia). Ibid., p. 94.

<sup>287</sup> *A inutilizzabilità de la prueba ilícita, como prohibición de otorgar validez alguna a la prueba ilícita despliega sus efectos en dos momentos distintos: en el momento de la admisión del medio de prueba y en el momento de su valoración o apreciación judicial.* Ibid., p. 94-95.

Corresponde ao juiz investigador ou juiz instrutor controlar se as provas ofertadas pelas acusações são lícitas e, portanto, não foram obtidas com infração aos direitos fundamentais. Uma acusação fundamentada em provas ilícitas deverá ser classificada como infundada desde o plano probatório, sendo sua consequência processual a não consideração no julgamento, quando é a única evidência contra ele e não concorre com outras provas lícitas independentes. Um adequado controle da ilicitude da prova em sede de instrução ou da denominada fase intermediária trata de impedir que o Tribunal julgador, no ato do julgamento possa entrar em contato com ditas provas, evitando assim, graves consequências derivadas dos denominados efeitos psicológicos da prova ilícita. (tradução livre)<sup>288</sup>.

O juiz não pode basear sua convicção em provas obtidas ilicitamente, vez que, “a prova ilícita, para tanto, é uma prova de valoração proibida (tradução livre)”<sup>289</sup>. Os resultados obtidos são irrelevantes para fundar o ato decisório.

#### A proibição da valoração de prova obtida de forma ilícita

Significa subtrair do conhecimento dos juízes não o objeto da prova, o que só acontece no caso de proibição dos temas de prova, ou limitações absolutas, mas apenas aquela informação referida que é obtida mediante a atividade estatal defeituosa (tradução livre)<sup>290</sup>.

Para a doutrina, a presença de prova ilícita, mesmo declarada judicialmente ineficaz, incide na consciência do julgador, contaminando assim, a formação de sua convicção. De forma categórica, afirma Manuel Miranda Estrapes:

A declaração de ineficácia ilícita resulta suficiente para evitar toda incidência no subconsciente do julgador ou para eliminar toda influência da prova ilícita no grau de convicção das demais provas produzidas no processo. Uma vez que o órgão judicial ao tomar contato com a prova ilícita é muito difícil prescindir consciente ou inconscientemente do resultado, principalmente quando se obtém sólidos elementos incriminadores para o caso. (tradução livre).<sup>291</sup>

<sup>288</sup> *Corresponde al juez de garantías o juez de instrucción controlar que las pruebas ofertadas por las acusaciones son lícitas y, por tanto, no fueron obtenidas con infracción de derechos fundamentales. Una acusación fundamentada sobre la base de pruebas ilícitas debería calificarse de infundada, desde el plano probatorio, siendo su consecuencia procesal la no apertura de juicio oral cuando fuere la única prueba de cargo y no concurren otras pruebas lícitas independientes. Un adecuado control de la licitud de la prueba en sede de instrucción o en la denominada fase intermedia trata de impedir que el Tribunal enjuiciador, en el acto del juicio oral, pueda entrar en contacto con dichas pruebas, evitándose así las perniciosas consecuencias derivadas de los denominados efectos psicológicos de la prueba ilícita. Ibid., p. 138.*

<sup>289</sup> *La prueba ilícita es, por tanto, una prueba de valoración prohibida. Ibid., p. 102.*

<sup>290</sup> *Significa sustraer del conocimiento de los jueces no el objeto de prueba, lo cual solo sucede en el caso de prohibición de temas de prueba, o limitaciones absolutas, sino solamente aquella información referida a él obtenida mediante la actividad estatal defectuosa. Ibid., p. 102.*

<sup>291</sup> *La declaración de ineficacia ilícita resulta insuficiente para evitar toda incidencia en el subconsciente del juzgador o para eliminar toda influencia de la prueba ilícita en el grado de convicción de las demás pruebas practicadas en el proceso. Una vez que el órgano judicial ha*

No entanto, a vedação da valoração não é absoluta, admitindo-se exceções, quando revelar-se a favor do réu<sup>292</sup>. “A regra geral de proibição da valoração da prova ilícita tem como única exceção aqueles casos em que os resultados foram obtidos a favor do réu ou acusado (tradução livre).”<sup>293</sup>.

Não se trata de reconhecer uma plena eficácia da prova obtida ilicitamente para julgar eventual culpado, que não seja a pessoa contra qual é dirigido o procedimento, mas dar eficácia limitada e acreditar na inocência do culpado ou prejudicar os resultados das provas produzidas no processo (tradução livre)<sup>294</sup>.

Eugênio Pacelli considera que

a punição de quem se sabe e se reconhece inocente é ato de puro arbítrio, de não-Direito, pois afastado de suas finalidade últimas. Entre tantas objeções possíveis, mais uma: punir quem não violou o Direito jamais o reafirmará (...), portanto, a prova obtida ilicitamente pode e deve ser valorada para a demonstração da inocência<sup>295</sup>.

Em um Estado de Direito, no qual as normas jurídicas são dispostas de maneira a limitar as liberdades individuais e, com isso, proteger valores e bens de cultura, não haveria qualquer explicação minimamente racional para a condenação de quem se sabe e se julga inocente, segundo as regras probatórias de certeza judicial disponíveis no ordenamento<sup>296</sup>.

Flávio Lelles destaca que a prova obtida ilicitamente, mas favorável a defesa, pode ser introduzida e valorada no processo, sob dois argumentos:

- 1) a eventual violação de direitos tutelados pela garantia individual fundamental em comento ficaria justificada pelo estado de necessidade ou legítima defesa do acusado, motivos de exclusão da ilicitude; 2) a garantia

---

*tomado contacto con la prueba ilícita resulta muy difícil prescindir, consciente o inconscientemente, de su resultado, principalmente cuando se obtienen sólidos elementos incriminatorios para el caso.* Ibid., p. 110.

<sup>292</sup> O único limite que incide na admissibilidade da prova ilícita a favor do réu é no caso de ilicitude provocada pelo próprio acusado, com a finalidade de impedir e neutralizar o exercício do poder punitivo do Estado. Ibid., p. 109.

<sup>293</sup> *La regla general de prohibición de valoración de la prueba ilícita tener, quizás, como única excepción aquellos supuestos en que los resultados obtenidos con la misma fuesen favorables para el imputado o acusado.* Ibid., p. 107.

<sup>294</sup> No se trata de reconocer una plena eficacia a la prueba de descargo ilícita, que sirva incluso para perseguir penalmente a un eventual culpable distinto de la persona contra la que se dirigia inicialmente el procedimiento, sino de otorgarle una eficacia limitada a acreditar la inocência del inculpado o encaminada a desvirtuar el resultado de las pruebas de cargo practicadas en el proceso. Ibid., p. 107.

<sup>295</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 183-184.

<sup>296</sup> Ibidem, p. 183.

da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito é individual e, portanto, não pode ser utilizada para prejudicar seu destinatário<sup>297</sup>.

Estabelece a norma processual brasileira que a prova ilícita,<sup>298</sup> introduzida nos autos, será desentranhada e destruída fisicamente, considerando o prejuízo imediato que poderá ser causado às partes. No entanto, a determinação da lei que impõe a destruição física é criticada por parte da doutrina, por considerar que se verifica eventual prejuízo para a defesa no caso de pretender utilizar a prova – ainda que ilícita – em benefício do réu, considerando que não se pode perder de vista que a proibição da prova ilícita reflete uma garantia individual a ser oposta, principalmente contra o Estado<sup>299</sup>.

As provas ilícitas estão regradadas no ordenamento jurídico brasileiro tanto em nível constitucional, como infraconstitucional. A nova redação do art. 157 do Código de Processo Penal, inserida pela Lei nº 11.690/2008, estabeleceu o conceito mais amplo de prova ilícita - afastando a diferenciação entre provas ilícitas e ilegítimas - e as consequências de sua existência no processo. Na prática, doutrinadores ressaltam que essa ampliação conceitual não é relevante, considerando que se uma norma infraconstitucional é infringida, haverá também violação de norma constitucional.

A referência na conceituação de prova ilícita ao desrespeito a uma norma infraconstitucional pode ser considerada desnecessária, principalmente porque se o desrespeito é direito à lei ordinária ou complementar, por exemplo, ela sempre decorre de um direito fundamental ou garantia constitucional, que ensejará a possibilidade de arguição de nulidade. Mas, a norma constitucional a que se refere não é somente um direito fundamental, mas também pode ser uma garantia, ademais que o processo é uma garantia constitutiva dos direitos fundamentais.<sup>300</sup>

Apesar da vedação expressa no texto constitucional quanto a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, ainda persiste resistência a sua

<sup>297</sup> LELLES, Flávio. *Processo penal*. Belo Horizonte: Méritus, 2008. p.16.

<sup>298</sup> Assevera Antonio Scarane Fernandes, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Magalhães Gomes Filho que as provas ilícitas, sendo consideradas pela Constituição inadmissíveis, não são, por esta, tidas como provas. Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria de inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas: não têm aptidão para surgirem como provas. Daí sua total ineficácia. GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarane; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Nulidades do processo penal*. Op. cit., p. 143.

<sup>299</sup> BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. Op. cit., p. 156 – 157.

<sup>300</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. BARROS, Flaviane de Magalhaes. *(RE)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08. 11.719/08 e n. 11.900/09*. Op. cit., p. 37.

completa aplicação, sob o argumento de que a política criminal deve ser orientada no sentido de proteger a sociedade e não o criminoso. Tradicionalmente, parte da doutrina pronuncia-se a favor da admissão<sup>301</sup>, validade e eficácia das provas obtidas ilicitamente, considerando que não se pode concordar com a absoluta desconsideração das provas ilícitas, pois a repulsa de tal prova, como regra genérica, em nada beneficia o ordenamento jurídico, já violado pelo ato ilegal daquele que a obteve. E, com a rejeição de uma prova obtida irregularmente, poderá o julgador ficar sem elementos suficientes para proferir uma decisão justa<sup>302</sup>. O argumento decisivo utilizado pela doutrina para se admitir a valoração de provas obtidas ilicitamente, é a necessidade se proclamar a verdade material, perseguida no processo penal<sup>303</sup>.

A doutrina vem concedendo relevância aos resultados das provas ilicitamente adquiridas, porque na ponderação dos interesses em jogo se estima que tenha que prevalecer aquele de caráter público que deriva da necessidade de que a sentença definitiva do processo penal responderá a verdade material, acima do que foi considerado como uma lesão a um direito individual. (tradução livre)<sup>304</sup>.

Aury Lopes Jr. critica a “absolutização” da vedação<sup>305</sup>, argumentando que a partir da teoria da relatividade, o direito constitucional nega o caráter absoluto de regras e direitos<sup>306</sup>. No entanto, a inadmissibilidade não se trata de uma norma que deve ser aplicada segundo o tudo ou nada e nem mesmo pela simples subsunção – a prova ilícita no ordenamento jurídico brasileiro não é admitida; a prova no caso

<sup>301</sup> “(...) en realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilicitamente obtida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía por el ordenamiento en su conjunto de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos”. ESTRAMPES, Manuel Miranda. Op. cit., p. 66.

<sup>302</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996. p. 103-105.

<sup>303</sup> Opondo-se a esse entendimento, preleciona Serra Domínguez que “la finalidad de la prueba no es el logro de la verdad, sino el convencimiento del Juez en torno a la exactitud de las afirmaciones realizadas por las partes en el proceso”. DOMÍNGUEZ, Serra apud ESTRAMPES, Manuel Miranda. Op. cit., p. 56.

<sup>304</sup> (...) la doctrina venía concediendo relevância a los resultados de tales pruebas ilegitimamente adquiridas, porque en la ponderación de los intereses en juego se estimaba que tenía que prevalecer aquel de carácter público que derivaba de la necesidad de que en el proceso penal la sentencia definitiva respondiera a la verdad material, por encima de lo que se consideraba como una lesión a un derecho individual. ESTRAMPES, Manuel Miranda. Op. cit., p. 54.

<sup>305</sup> Para Aury Lopes Jr. “a inadmissibilidade absoluta tem a absurda pretensão de conter uma razão universal e universalizante, que pode(ria) prescindir da ponderação exigida pela complexidade que envolve cada caso na sua especificidade”. LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 580.

<sup>306</sup> Ibidem, p. 580.

concreto foi obtida ilicitamente; portanto, não pode ser valorada<sup>307</sup>.

A prova ilícita relaciona-se diretamente com o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme afirma Manuel Miranda Estrampes, “a proibição da valoração constitucional das provas ilícitas deriva, portanto, da consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental” (tradução livre).<sup>308</sup> Presumindo-se a inocência, não incumbe ao acusado provar absolutamente nada. A presunção deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu tenha qualquer dever de contribuir para essa desconstrução.

Considerando a presunção de inocência, a valoração da provas exige uma prévia análise da ilicitude a partir das garantias constitucionais. Assim, é necessário que as provas sejam obtidas com o respeito absoluto aos direitos e liberdade fundamentais, observando os limites estabelecidos no modelo garantista.

A presunção de inocência exige não somente que as provas sejam produzidas observando o contraditório, a publicidade, celeridade e oralidade, mas é necessário que elas sejam obtidas e produzidas de acordo com as normas legais e processuais (tradução livre)<sup>309</sup>.

Em que pese os entendimentos diversos, a partir da teoria garantista ferrajoliana, coadunamos com a afirmação de Eugênio Pacelli de Oliveira:

a prova ilícita produzida pelo Estado deve ser rejeitada no contexto de um modelo garantista de processo, ainda quando destinada a tutelar direitos fundamentais, sobretudo porque nesse caso uma pretensão de sua aceitação se fundaria em uma ponderação de princípios sem balizamentos minimamente objetivos. O controle da atuação estatal, para o fim de se evitar a prática de excessos e abusos de poder, constitui o núcleo normativo do modelo de procedimento público e institui-se como um marco hermenêutico dos princípios do processo penal<sup>310</sup>.

A garantia constitucional da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo tem como objetivo proteger à intimidade, à privacidade, à inviolabilidade do domicílio

<sup>307</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 201.

<sup>308</sup> *La prohibición de valoración de las pruebas ilícitas deriva, por tanto, de la consagración constitucional de la presunción de inocencia como derecho fundamental*. ESTRAMPES, Manuel Miranda. Op. cit., p. 88.

<sup>309</sup> *La presunción de inocência exige no sólo que las pruebas se practiquen en condiciones de contradicción, publicidad, inmediación y oralidade, sino que es necesario que las mismas hayan sido obtenidas y practicadas regularmente de acuerdo con las normas legales y procesales*. ESTRAMPES, Manuel Miranda. Op. cit., p. 90-91.

<sup>310</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 199.

e das correspondências, no entanto, as interpretações restritivas que estão sendo lançadas, a partir da norma infraconstitucional, afronta o princípio do devido processo legal e da presunção de inocência, norteadores do Estado Democrático de Direito. Sendo a Constituição da República uma norma revestida de conteúdo vedatório, que proíbe a utilização de provas obtidas ilicitamente, a análise da norma positivada no artigo 157 do Código de Processo Penal deve ser condizente com a interpretação constitucional.

### 3.2. Prova ilícita por derivação

O estudo detalhado do significado da proibição de se valorar as provas obtidas ilicitamente, nos remete a uma análise da extensão e dos limites dessa proibição. De fato, aplica-se no nosso ordenamento, a teoria dos frutos da árvore envenenada, de origem norte-americana, estendendo-se, a vedação a todas àquelas provas que derivarem da prova produzida ilicitamente. Portanto, “a ineficácia da prova ilicitamente obtida deve alcançar, também, aquelas outras provas que embora lícitas derivam ou tem sua origem em informações ou dados conseguidos por aquela prova ilícita (tradução livre)”<sup>311</sup>. A doutrina exige uma relação de causalidade entre a prova obtida ilicitamente e a prova ilícita derivada da anterior. Quanto a matéria, afirma Manuel Miranda Estrampes que,

É preciso que entre um ato e outro exista uma relação de causa-efeito, ou que o primeiro ato possa imputar objetivamente como resultado o segundo, de maneira que se possa afirmar clara e redondamente que o segundo ato é consequência do primeiro. Existirá esta relação causal quando as provas derivadas, sendo as mesmas consideradas lícitas, tenham sua origem em informações ou dados obtidos com a prática de uma prova ilícita (tradução livre)<sup>312</sup>.

<sup>311</sup> *La ineficacia de la prueba ilicitamente obtenida debe alcanzar, también, a aquellas otras pruebas que si bien son en sí mismas lícitas se basan, derivan o tienen su origen en informaciones o datos conseguidos por aquella prueba ilegal..* ESTRAMPES, Manuel Miranda. Op. cit., p. 113.

<sup>312</sup> Es preciso, o que entre un acto y el otro exista una relación de causa-efecto, o que al primer acto pueda imputársele objetivamente como resultado el segundo, de manera que puede afirmarse clara y rotundamente que el segundo acto es consecuencia del primero. Existirá esta relación causal cuando las pruebas derivadas, siendo en sí mismas consideradas lícitas, tengan su origen en informaciones o datos obtenidos con la práctica de una prueba ilícita. Ibidem, p. 117.

Durante décadas, a jurisprudência norte-americana entendeu que a infringência de qualquer direito para a obtenção de prova somente poderia resultar em punição para o violador, sem que o material probatório fosse excluído da consideração dos julgadores. As controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias, visando conter os abusos praticados principalmente por policiais, ocasionaram uma mudança radical<sup>313</sup>, autorizando-se a exclusão das provas obtidas com violação aos direitos fundamentais.

A partir desse entendimento, originou-se no julgamento do caso *Nardone v. United States*, em 1937, a teoria *fruits of the poisonous tree*. Baseada na regra de exclusão, a decisão afirmou que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não por limites a seu pleno uso indireto, apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”.<sup>314</sup> Essa postura com relação às provas derivadas da prova ilícita baseia-se no entendimento de que a prova ilícita não pode ter nenhum efeito, lógica que estaria bastante fragilizada caso fossem admitidas no processo as provas decorrentes da prova ilícita<sup>315</sup>.

No entanto, os debates a respeito do tema, levaram a Suprema Corte a amenizar os rigores, estabelecendo exceções a regra geral da exclusão, gerando, assim, uma verdadeira insegurança jurídica. Verifica-se que “é significativo que este fenômeno de progressiva limitação do âmbito de aplicação da regra de exclusão da jurisprudência norte americana desenvolveu-se durante décadas (tradução livre)”<sup>316</sup>.

Com a reforma pontual realizada no Código de Processo Penal brasileiro,

---

<sup>313</sup> (...) “a maioria dos juizes da Suprema Corte observou que a previsão de sanções civis, penais ou administrativas não constitui freio suficiente à atuação ilegal da Polícia; assim porque, em primeiro lugar, na maioria dos casos os abusos são cometidos contra pessoas das classes menos favorecidas, que não teriam recursos para promover ações de ressarcimento; segundo, porque a represso penal dependeria da iniciativa dos mesmos órgãos de persecução aos quais se destinavam as provas obtidas ilicitamente e, em um sistema dominado pela oportunidade da ação penal, dificilmente tal ocorreria; finalmente, seria muito otimismo esperar que os próprios organismos policiais aplicassem penalidades disciplinares em seus membros, incentivando-os a somente agir dentro da lei”. METELLO Scaparone apud GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no proceso penal*. Op. cit., p. 101-102.

<sup>314</sup> PIEROBOM DE ÁVILA, Thiago André apud LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 940.

<sup>315</sup> ROVEGNO, André. *O sistema de provas no processo penal estadunidense*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de. (Org.). *Provas no processo, estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 426.

<sup>316</sup> *Es significativo que este fenómeno de progresiva limitación del ámbito de aplicación de la regla de exclusion que en la jurisprudencia norteamericana se desarrolló durante décadas*. ESTRAMPES, Manuel Miranda. Op. cit., p. 14.

por meio da Lei nº11.690/08, os legisladores, ao analisarem o problema da prova produzida e obtida a partir de certa prova eivada de ilicitude, introduziram alterações substanciais na teoria da prova ilícita. Com a importação da teoria denominada *fruits of the poisonous tree*, a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo perdeu o caráter absoluto. Sem observar a proibição da utilização de provas obtidas com violação de direitos fundamentais, elevada à nível constitucional, “*este fenómeno de imitación de la exclusionary rule norteamericana se produce sin conocer las especiales circunstancias históricas, sociales y políticas que dieron lugar a su aparición y posterior restricción en U.S.A*”<sup>317</sup>.

Será que esta inclusão no ordenamento brasileiro não viola o modelo garantista limitador do exercício da jurisdição penal? Eugênio Pacelli de Oliveira, ao estudar e considerar tanto o conteúdo quanto os limites de compreensão e aplicação da teoria releva que:

A teoria dos *fruits of the poisonous tree*, ou teoria dos frutos da árvore envenenada, cuja origem é atribuída à jurisprudência norte-americana, nada mais é que simples consequência lógica da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas. [...] Se os agentes produtores da prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas pela via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da *ilicitude por derivação* é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente<sup>318</sup>.

Pela regra geral da teoria, os vícios da planta (prova ilícita) transmitem-se aos seus frutos (provas derivadas). Adotando-se essa teoria, a prova ilícita por derivação deve ser igualmente desprezada, por estar contaminada pelo vício da ilicitude do meio utilizado para obtê-la. Ressalta Marco Antonio de Barros que “*característica marcante da prova ilícita por derivação é o sinal de que ela, em si mesma, é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma outra prova ilicitamente obtida*”<sup>319</sup>. A partir de um processo penal constitucional, na posição mais sensível às garantias da pessoa

<sup>317</sup> Este fenómeno de imitação da regra de exclusão norte americana se produz sem conhecer as especiais circunstâncias históricas, sociais e políticas que deram lugar a sua aparição e posterior restrição nos EUA. (tradução livre). Ibidem, p. 13-14.

<sup>318</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Op. cit., p. 304.

<sup>319</sup> BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. Op. cit., p. 154.

humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova ilícita transmite-se às provas derivadas, que assim, igualmente devem ser banidas do processo.

Acompanhando a teoria dos *fruits of the poisonous tree*, a reforma também inseriu duas exceções a regra geral, admitindo-se a utilização da prova ilícita por derivação quando: a) não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras (*inevitable Discovery*)<sup>320</sup>; e b) as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (*independente source*).<sup>321</sup>

Aplica-se a teoria da fonte independente<sup>322</sup>, se existir provas outras no processo, independentes de uma determinada prova ilícita produzida. O entendimento é de que não há contaminação, sendo que esta só se efetiva se houver nexo de causalidade entre as provas ilícitas e as demais.

A limitação da fonte independente (*The Independent Source Limitation*) ensina que a prova derivada, mesmo que ilegal, pode ser aproveitada em Juízo, desde que existam condições de os fatos serem comprovados por fonte independente. Para a configuração e o reconhecimento da existência de “fonte independente”, deve haver a demonstração cabal de que a prova pode ser obtida por fonte própria, ou seja, sem a mínima relação de dependência com a prova ilícita<sup>323</sup>.

Manuel Miranda Estrampes ressalta que a prova juridicamente independente não se trata de uma exceção, pois o seu reconhecimento é consequência da própria delimitação da regra de exclusão.

Na realidade, não se trata de uma verdadeira exceção, pois seu reconhecimento é consequência da própria delimitação do conteúdo da regra de exclusão. Se esta exige que entre uma prova ilícita e a prova

<sup>320</sup>A *inevitable Discovery* foi aplicada no caso *Nix v. Williams*, de 1984, em que a Suprema Corte concluiu que a teoria dos frutos da árvore envenenada não se aplica aos casos em que a prova seria inevitavelmente descoberta, por uma investigação legal. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 85, 2010. p. 402.

<sup>321</sup>A Suprema Corte reconheceu a *independente source limitation* no caso *Bynum v. U.S.*, de 1960, em que um acusado, ao ser preso ilegalmente, teve comprovado o seu relacionamento com um roubo ocorrido, devido as impressões digitais que foram retiradas retiradas. No primeiro julgamento a prova foi excluída, por derivar de uma prisão ilegal. Contudo, no segundo julgamento, devido a acusação ter apresentado outras impressões digitais, mais antigas, que estavam nos arquivos do F.B.I, reconheceu-se a validade da prova, por não existir mais conexão com a prisão arbitrária. *Ibidem*, p. 402

<sup>322</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 586.

<sup>323</sup> TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. *O novo sistema de provas no processo penal: comentários à Lei 11.690/08*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 46.

derivada da ilícita exista uma relação ou conexão causal, sua existência determinará sua não aplicação e a possibilidade de aproveitar aqueles resultados probatórios obtidos sem conexão alguma com a prova praticada com violação dos direitos fundamentais. Para poder apreciar esta exceção é necessário que entre a prova ilícita original e a prova derivada exista uma verdadeira desconexão casual. (tradução livre).<sup>324</sup>.

No mesmo sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho considerada

perfeitamente desnecessária a previsão normativa, na medida em que o conceito de prova derivada supõe, por si só, a existência de uma relação de causalidade entre a ilicitude da primeira prova e a obtenção da segunda. Se o vínculo não tiver evidenciado não é prova derivada<sup>325</sup>.

A exceção da descoberta inevitável valida a prova que poderia ser, certamente, obtida por meio de atos válidos, de qualquer outra forma. Em outras palavras, “em virtude desta doutrina, se admite a utilização daqueles elementos probatórios obtidos ilicitamente uma vez que a mesma seria obtida inevitavelmente por outros meios ou vias legais lícitas”.<sup>326</sup> A prova ilícita que deu ensejo a descoberta de uma outra prova, que seria colhida mesmo sem a existência de ilicitude, não terá o condão de contaminá-la.

The Inevitable Discovery Limitation traz o entendimento de que a prova decorrente de uma violação constitucional poderá ser válida, quando de maneira inevitável fosse sua descoberta por meios legais. Não se pesquisa dessa maneira se a prova derivada foi obtida ilegitimamente ou ilegalmente, mas sim, se ela seria descoberta por meio jurídico lícito<sup>327</sup>.

Fundando-se em conjecturas, a descoberta inevitável causa excessiva ambiguidade, abuso e subjetivismo, violando os preceitos garantistas, em especial o princípio constitucional da presunção de inocência. Conforme preleciona Manuel Miranda Estrampes:

<sup>324</sup> *En realidad, no se trata de una verdadera excepción, pues su reconocimiento es consecuencia de la propia delimitación del contenido de la regla de exclusión. Si ésta exige que entre la prueba ilícita y la prueba derivada lícita exista una relación o conexión causal, su inexistencia determinará su no aplicación y la posibilidad de aprovechar aquellos resultados probatorios obtenidos sin conexión alguna con la prueba practicada con vulneración de derechos fundamentales. Para poder apreciar esta excepción es necesario que entre la prueba ilícita original y la prueba derivada exista una verdadera desconexión causal.* ESTRAMPES, Manuel Miranda. Op. cit., p. 122.

<sup>325</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal.* Op. cit., p. 404.

<sup>326</sup> *En virtud de dicha doctrina se admite la utilización de aquellos elementos probatorios obtenidos ilicitamente pues los mismos se habrían obtenido inevitablemente por otros medios o vías legales lícitas.* ESTRAMPES, Manuel Miranda. Op. cit., p. 127.

<sup>327</sup> TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. Op. cit., p. 46.

Desde a perspectiva do direito a presunção de inocência resulta dificilmente admissível nesta exceção, pois a mesma se baseia em simples conjecturas ou hipóteses, isto é, o que poderia ter acontecido, mas não aconteceu na realidade. A presunção de inocência só pode ser invalidada baseado em dados que resultem plenamente acreditados e obtidos de forma lícita, e a exceção do descumprimento inevitável autoriza a utilização e aproveitamento probatório de elementos probatórios obtidos com violação dos direitos fundamentais baseados em que poderiam ser obtidas de forma lícita, mas que na realidade foram alcançados a partir destes direitos<sup>328</sup>.

Antonio Magalhães Gomes Filho argumenta que a exceção da fonte independente, prevista no nosso ordenamento, afastou-se completamente do entendimento fixado originariamente pela Suprema Corte norte-americana, que supõe que o dado probatório possua efetivamente duas origens, uma ilícita e outra lícita, subsistindo como elemento de convicção válido, mesmo com a supressão da fonte ilegal. Ao analisar o dispositivo legal que prevê a exceção a regra de exclusão, ressalta que o emprego do verbo no condicional *puderem ser obtidas*, autoriza a simples possibilidade da prova ser obtida por meio lícito, para se afastar a sua contaminação pela ilegalidade inicial. Com efeito, para o autor, o conceito normativo de fonte independente, apresentado pelo legislador no parágrafo segundo, abre as portas para que, sob o fundamento de se conduzir ao fato objeto da prova, se convalide qualquer prova derivada da ilícita, colocando em risco a finalidade da vedação constitucional de coibir atentados aos direitos individuais assegurados constitucionalmente<sup>329</sup>.

Ademais, nas duas exceções, a flexibilidade à teoria dos frutos da árvore envenenada fica a cargo da determinação do magistrado, que deverá definir, a partir da análise do caso concreto, se realmente a inevitabilidade da descoberta existe ou se a prova ilícita contribuiu para revelar novas provas. Em outras palavras,

(...) estabelece critérios abertos e gerais para a não aplicação da garantia constitucional da proibição de provas ilícitas, ampliando ainda mais o

---

<sup>328</sup>Desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia resulta dificilmente admisible dicha excepción, pues la misma se basa en simples conjeturas o hipótesis, esto es, en lo que pudo haber pasado pero que no pasó en la realidad. La presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada sobre la base de datos que resulten plenamente acreditados y obtenidos de forma lícita, y la excepción del “descubrimiento inevitable” autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales. ESTRAMPES, Manuel Miranda. Op. cit., p. 129.

<sup>329</sup>GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal*. Op. cit., p. 404.

subjetivismo do juiz que decidirá quando se trata de fonte autônoma e quando não há nexos de causalidade.<sup>330</sup>

No mesmo sentido, são as considerações de Antonio Magalhães Gomes Filho:

Apesar das evidentes dificuldades que se apresentam para uma solução uniforme de tais situações, dadas as particularidades de cada caso concreto, parece ser impossível negar *a priori* a contaminação da prova secundária pela ilicitude inicial, não somente por um critério de causalidade, mas principalmente em razão da finalidade com que são estabelecidas as proibições em análise; de nada valeriam tais restrições à admissibilidade da prova se, por via derivada, informações colhidas a partir de uma violação ao ordenamento pudessem servir ao convencimento do juiz; nessa matéria, importa ressaltar o elemento profilático, evitando-se condutas atentatórias aos direitos fundamentais e à própria administração correta e leal da justiça penal<sup>331</sup>.

A discussão sobre o tema no direito brasileiro desenvolveu-se no âmbito doutrinário e jurisprudencial, colhendo subsídios, sobretudo na teoria norte-americana dos frutos da árvore envenenada, num ambiente de clara indefinição sobre dos limites de aplicação da cláusula constitucional, sobretudo no que diz respeito às provas ilícitas por derivação<sup>332</sup>.

Muitas são as críticas realizadas pela doutrina, considerando a extensão dos efeitos da ilicitude aos elementos probatórios que foram obtidos com violação aos direitos fundamentais. Os argumentos pesam no sentido de que a legislação processual em vigor estabelece exceções à aplicação do princípio constitucional da proibição da utilização das provas ilícitas. Nesse sentido, Flaviane de Magalhães Barros assevera que o erro da reforma foi a necessidade de se inserir na lei ordinária o que já está expresso na constituição, criando restrições onde a constituição não criou<sup>333</sup>.

Pontanto, não há dúvida de que o sistema implantado pelo legislador brasileiro é inseguro, considerando que a aplicação da teoria dos frutos da árvore

---

<sup>330</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. *(RE)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08. 11.719/08 e n. 11.900/09*. Op. cit., p. 43.

<sup>331</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal*. Op. cit., p. 403.

<sup>332</sup> ROMANO NETO, Odilon. *Influência americana na reforma do Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/influencia-americana-na-reforma-do-codigo-de-processo-penal/>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

<sup>333</sup> BARROS, Flavia de Magalhães. *(RE)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08. 11.719/08 e n. 11.900/09*. Op. cit., p. 43.

envenenada não é absoluta. A incidência de limitações da regra geral não coaduna com o modelo garantista adotado pelo Estado Democrático de Direito brasileiro.

### 3.3. Leitura da proporcionalidade e suas relações com a derivação probatória

Invocando-se a jurisprudência alemã, parte da doutrina constitucional<sup>334</sup> está buscando atenuar a vedação das provas ilícitas, com o objetivo de corrigir distorções em que a rigidez da exclusão levaria a casos de excepcional gravidade<sup>335</sup>. Para atingir tal finalidade, com base na proporcionalidade, ultrapassa-se o limite da vedação constitucional quanto a produção de provas ilícitas quando, no caso concreto, considerando a relevância do interesse público a ser preservado e protegido, chega-se a conclusão de que a exclusão da prova ilícita levaria à absoluta perplexidade e evidente injustiça. Prevalece, portanto, o interesse na obtenção da prova sobre o valor cuja proteção é almejada pela regra de proibição.

Analisando o tema, Alexandre de Moraes considera que “nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização”<sup>336</sup>. Com efeito, a aplicação da proporcionalidade, pelo menos, como regra de ponderação, assume relevo ímpar, para a superação de eventuais colisões concretas entre interesses constitucionalmente previstos<sup>337</sup>.

---

<sup>334</sup> “O critério da proporcionalidade encontra hoje agasalho nos textos legislativos destinados a dar maior severidade à repressão do crime organizado, de tráfico de drogas, e de outras expressões mais agudas da criminalidade. Entre nós, o próprio constituinte de 1988 parece ter adotado tal critério, ao prever a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer (art. 5º, XII); e, igualmente, ao considerar certas infrações inafiançáveis, imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia (art. 5º, XLIII e XLIV); trata-se, no entanto de casos taxativos, não sendo possível inferior sua adoção generalizada, como regra permissiva de outras restrições a direitos fundamentais. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. Op. cit., p. 106. Segundo Manuel da Costa Andrade, citando Gossel, esse quadro legislativo leva a uma conclusão lamentável: “tanto a legislação como a jurisprudência deixam as autoridades que têm a seu cargo a perseguição penal completamente sós face a um dos mais importantes problemas”. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 27.

<sup>335</sup> MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 115.

<sup>336</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>337</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 1499.

Trata-se de uma questão de proporcionalidade entre direitos de igual hierarquia, que exigirá o sacrifício de certo direito fundamental em detrimento de outro. A proporcionalidade encontra-se na inexigibilidade de sacrificar certo bem, naquele momento, naquele caso, devendo, pois prevalecer, em detrimento de outro, em que pese sua igual hierarquia. Em outras palavras, há momentos nos quais se figura proporcional o sacrifício de um direito em consequência do benefício advindo<sup>338</sup>.

Analisando juízo de ponderação, destacado por Gilmar Mendes como o último teste do princípio da proporcionalidade<sup>339</sup>, preleciona:

O juízo de ponderação a ser exercido liga-se ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução. Devem-se comprimir no menor grau possível os direitos em causa, preservando-se a sua essência, o seu núcleo essencial (...) o exercício da ponderação é sensível à ideia de que, no sistema constitucional, embora todas as normas tenham o mesmo status hierárquico, os princípios constitucionais podem ter “pesos abstratos” diversos. Mas esse peso abstrato é apenas um dos fatores a ser ponderado. Há de se levar em conta, igualmente, o grau de interferência sobre o direito preterido que a escolha do outro pode ocasionar. Por fim, a ponderação deve ter presente a própria confiabilidade das premissas empíricas em que se escoram os argumentos sobre o significado da solução proposta para os direitos em colisão. É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto<sup>340</sup>.

Modernamente, segundo Antonio Magalhães Gomes Filho, as razões que inspiram a proporcionalidade<sup>341</sup> amparam-se na ideia de que a efetiva realização da

<sup>338</sup> GHISLENI, Cristiane. Sistema constitucional das provas penais: ilicitude e direitos fundamentais. In: BUENO, Jorge Luiz da Rocha (org.). *Monografias jurídicas 10*. Santa Cruz do Sul: Instituto Padre Reus, 2005. p. 78.

<sup>339</sup> “No sopesamento dos bens em conflito, é tarefa árdua atingir o ponto de equilíbrio: de um lado, tem-se o Estado, legitimado a exercer o jus persecution, como forma de garantir a segurança comunitária; de outro, tem-se a necessidade de assegurar ao indivíduo a liberdade de contatar com seis iguais, com a garantia de que o teor de sua comunicação não seja usado contra sua pessoa”. Série monografias jurídicas, p. 65. No mesmo sentido preleciona Antonio Scarance Fernandes: “Não é fácil, contudo, atingir o ponto de equilíbrio. De um lado é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ser garantida sua tranquilidade, a sua intimidade, a sua imagem e, principalmente, ser dotado de remedies eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais”. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 84.

<sup>340</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 506.

<sup>341</sup> A apologia a esse critério em matéria probatória é muito antiga e, já no sistema das provas legais, a gravidade de certos crimes era invocada como justificativa do instituto da prova privilegiada, através do qual se podia qualificar como plena (e suficiente, portanto, para condenação) uma prova

justiça penal constitui um importante interesse do Estado de Direito, justificando-se o sacrifício de direitos individuais, em determinadas circunstâncias, em nome da prevenção e repressão de formas mais graves de criminalidade<sup>342</sup>.

Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derrogar (Estado de Direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim<sup>343</sup>.

Considerando a tese de que a realização da justiça penal representa um valor nuclear do Estado de Direito, susceptível de ser levado à balança da ponderação dos direitos fundamentais, a utilização da máxima da proporcionalidade, faz com que a realização da justiça penal se sobreponha aos direitos fundamentais, legitimando-se o sacrifício<sup>344</sup>. Nesse sentido, preleciona Manuel da Costa Andrade:

O primado da esfera íntima, face às necessidades da justiça penal na procura da verdade, recua quando, à luz do princípio de proporcionalidade, a ponderação com o significado do direito fundamental de respeito pela dignidade humana e livre desenvolvimento da personalidade faz emergir prevaletentes necessidades da justiça criminal, que exigem a admissibilidade de produção e valoração do meio de prova<sup>345</sup>.

Segundo a teoria de Alexy, a máxima da proporcionalidade não um princípio, como predominantemente é generalizada pela doutrina, trata-se de uma regra, por não conter nenhum mandado de otimização. Ela contém regras que devem ser cumpridas e que só podem ser cumpridas e descumpridas, ao contrário dos princípios que podem ser cumpridos satisfatória ou insatisfatoriamente.<sup>346</sup> Sendo assim, ela se subdivide em três submáximas, que Alexy relaciona com a teoria da ponderação de princípios, para apresentar uma possível metodologia da decisão

---

meramente indiciária. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. Op. cit., p. 104-105.

<sup>342</sup> Ibidem, p. 105.

<sup>343</sup> AVOLIO, Luiz Torquato. *Provas ilícitas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 53.

<sup>344</sup> ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Op. cit., p. 30.

<sup>345</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>346</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Interpretação, argumentação e decisão jurídica em Robert Alexy. In: *IV SEMINÁRIO TEORIA DA INTERPRETAÇÃO E DA DECISÃO JURÍDICA*. 2010, Pouso Alegre. Seminário... Pouso Alegre: Mestrado em Direito FDSM, 2010. p. 52.

jurídica sobre a colisão de princípios, sendo elas a adequação, a necessidade e a proporcionalidade no sentido estrito. A adequação e a necessidade correspondem aos critérios empíricos, relacionados as possibilidades fáticas, lado outro, a proporcionalidade em sentido estrito vai ser a própria ponderação de princípios, ligados as possibilidades fáticas.

Segundo Humberto Ávila, a máxima da proporcionalidade não tem aplicação irrestrita, pelo contrário, para ser utilizado como instrumento de controle dos atos do poder público e não funcionar como subterfúgio para a própria prática de tais atos, aplica-se somente em situações que exista uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa investigar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação nos autoriza a questionar se o meio promove o fim, ou seja, permite que a decisão avalie os meios faticamente possíveis para cumprir com os objetivos de princípios jurídicos. Quanto à necessidade, verifica-se se entre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo dos direitos fundamentais afetados. Em relação a proporcionalidade em sentido estrito analisa-se se as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio<sup>347</sup>. Por fim, “sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade de postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico”<sup>348</sup>.

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menor restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito)<sup>349</sup>.

Apesar de entendimentos no sentido de aplicar a máxima da proporcionalidade, relativizando a garantia constitucional da inadmissibilidade de provas ilícitas, essa aplicação tem suscitado vários problemas e críticas severas, considerando ser intolerável uma compressão dos direitos fundamentais para a

---

<sup>347</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 112-113.

<sup>348</sup> *Ibidem*, p. 113.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p. 114.

repressão de determinados delitos. A ponderação de interesses gera a instabilidade de direitos fundamentais<sup>350</sup>, fortalecendo o arbítrio. O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor<sup>351</sup>.

O Estado cairá em contradição normativa e comprometerá a legitimação da própria pena se, para impor o direito, tiver que recorrer, ele próprio, ao ilícito criminal. Pois, argumenta, o fim da pena é a confirmação das normas do mínimo ético, cristalizado nas leis penais. Esta demonstração será frustrada se o próprio estado violar o mínimo ético para lograr a aplicação de uma pena. Desse modo, ele mostra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal se propõe precisamente assegurar<sup>352</sup>.

Posicionando-se quanto a impertinência de se apelar ao princípio da proporcionalidade, a luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira, o Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence ressalta que a explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo, destaca a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo da verdade real no processo. Assim, não se pode sobrepor à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou imputação<sup>353</sup>.

O fortalecimento do poder punitivo estatal, com o intuito de reprimir a prática de determinados delitos, gera uma completa mitigação dos direitos e garantias fundamentais e abandono da vedação constitucional de utilização de provas obtidas ilicitamente.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, considerando a teoria garantista ferrajoliana, só é aceita a favor do réu, dada a primazia dos direitos de

---

<sup>350</sup> Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático. MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/mendes.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

<sup>351</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual e sua conformidade constitucional*. Op. cit., p. 580.

<sup>352</sup> Amelung apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Op. cit, p. 15.

<sup>353</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF, nº 250. Voto do Ministro Ministro Sepúlveda Pertenc. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo250.htm>>. Acesso em: 10 set. 2013.

presunção de inocência e ampla defesa. É impossível justificar uma condenação, quando existir nos autos prova da inocência, ainda que tenha sido obtida de forma ilícita. Caso contrário, sacrificar-se-iam os princípios mais caros que informam não só o processo penal, mas que fundamentam o próprio Estado Democrático de Direito, como o princípio da dignidade da pessoa, da liberdade, dentre outros, sendo inadmissível tamanho paradoxo.<sup>354</sup> Gilmar Mendes destaca que a autorização para a produção de provas ilícitas *pro reo* ampare-se no princípio do devido processo legal.

Registre-se, ainda, que o princípio do devido processo legal, em sua face atinente à ampla defesa, autoriza a produção de provas ilícitas *pro reo*. A garantia da inadmissibilidade das provas obtidas de forma ilícita, como corolário do devido processo legal, é direcionada, em princípio, à acusação (Estado), que detém o ônus da prova. Quando a prova obtida ilicitamente for indispensável para o exercício do direito fundamental à ampla defesa pelo acusado, de modo a provar a sua inocência, não há por que se negar a sua produção no processo. O devido processo legal atua, nesses casos, com dupla função: a de proibição de provas ilícitas e a de garantia da ampla defesa do acusado. Na solução dos casos concretos, há que se estar atento, portanto, para a ponderação entre ambas as garantias constitucionais. A regra da inadmissibilidade de provas ilícitas não deve preponderar quando possa suprimir o exercício da ampla defesa pelo acusado, sob pena de se produzir um verdadeiro paradoxo: a violação ao devido processo legal (ampla defesa) com o fundamento de proteção do próprio devido processo legal (inadmissibilidade de provas ilícitas)<sup>355</sup>.

Nesse contexto, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a produção de prova ilícita pelo acusado<sup>356</sup>, quando este é o único meio possível para se sustentar sua inocência. Apesar da doutrina diferenciar a prova produzida pelo Estado e a produzida pelo particular, em que a inadmissibilidade incide apenas no primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal não dá relevância a distinção, considerando que os direitos fundamentais não vinculam apenas o Estado, mas também o particular<sup>357</sup>.

Há de se ressaltar que a apelação à proporcionalidade viola também a presunção de inocência do acusado, pois à simples imputação já se seguiriam efeitos negativos no âmbito processual e no campo dos direitos constitucionais

<sup>354</sup> GHISLENI, Cristiane. Sistema constitucional das provas penais: ilicitude e direitos fundamentais. In: BUENO, Jorge Luiz da Rocha (org.). *Monografias jurídicas 10*. Santa Cruz do Sul: Instituto Padre Reus, 2005. p. 83.

<sup>355</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 1.502- 1503.

<sup>356</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corporis* n. 74.678/SP. Relator: Min. Moreira Alves, 15 de agosto de 1997.

<sup>357</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Op. cit., p. 1.503 – 1504.

tutelados pela vedação, abrindo um espaço incontrolável à discricionariedade<sup>358</sup>. Para o Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, graduar a vedação da admissibilidade e valoração da prova ilícita, segundo a gravidade da imputação, constituiria a sistemática violação de outra garantia constitucional - presunção de inocência - em relação a quantos fossem acusados ou meramente suspeitos da prática criminosa<sup>359</sup>.

Nesse sentido, assevera Antonio Magalhães Gomes Filho:

No confronto entre uma proibição de prova, ainda que ditada pelo interesse de proteção a um direito fundamental, e o direito à prova da inocência parece claro que deva este último prevalecer, não só porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana constituem valores insuperáveis, na ótica da sociedade democrática, mas também porque ao próprio Estado não pode interessar a punição do inocente, o que poderia significar a impunidade do verdadeiro culpado<sup>360</sup>.

Destaca-se, conforme assevera o Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, que na Alemanha, a solução do problema da admissibilidade ou não, da prova ilícita do processo não se extrai de norma constitucional específica, mas, ao contrário, busca fundamento em princípios extremamente fluídos da Lei Fundamental vigente, citando-se, a título de exemplo, a dignidade da pessoa humana. Lado outro, a ordem constitucional brasileira veda, incondicionalmente, a utilização de prova ilícita, prevalecendo a supremacia dos direitos individuais, portanto, não se pode apelar ao princípio da proporcionalidade, que pressupõe a necessidade de ponderação das garantias constitucionais em aparente conflito, mais notadamente quando a Constituição não realiza um juízo explícito de prevalência<sup>361</sup>.

A partir de uma visão garantista, não há pertinência com a fundamentação e o enquadramento jurídico-constitucional, a admissão da superação das vedações probatórias, exceto se for *in dubio pro reo*. A efetividade do direito penal não deve sobrepor-se a garantia dos direitos fundamentais. Apesar de prestigiada na doutrina, a aplicação da máxima da proporcionalidade mitiga os direitos e as garantias fundamentais assegurados em nível constitucional. Lesionando o princípio da

<sup>358</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. Op. cit., p. 106.

<sup>359</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF, nº 250. Voto do Ministro Ministro Sepúlveda Pertenc. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo250.htm>>. Acesso em: 10 set. 2013

<sup>360</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. Op. cit., p. 106 – 107.

<sup>361</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. *Habeas corpus*. Cabimento: prova ilícita. Habeas corpus n. 80.949. Op. cit.

presunção de inocência, a ponderação entre os interesses em conflito abre caminho para um pré-julgamento condenatório, em desfavor do acusado.

## 4. NOTAS SOBRE A VERDADE NA JURISDIÇÃO PENAL

Neste tópico, propõe-se a problematização da “verdade” no processo penal, produzida a partir de tradições que perduram ao longo do tempo e arraigada na justiça criminal da sociedade moderna como atingível, aceitável, absoluta e necessária para a efetivação plena da justiça.

A “busca pela verdade” encontra-se presente em todas as áreas do conhecimento. Questão própria ou aproximada da especulação filosófica, suscita, há milênios, um conjunto de teorias, de orientações de instrumentos que possam investigar ou mesmo contribuir para a formação de um conceito de verdade. A questão da verdade encontraria em bases conceituais uma moldagem ou dimensionamento, um retrato ou um dado apriorístico, renunciando, de tal modo, das diferentes possibilidades e limites sugeridos pelo horizonte filosófico, que aqui será tomado como o horizonte da indagação sobre a formação da verdade.

No âmbito processual, a “busca pela verdade” está intimamente relacionada a reconstrução histórica de fatos, os quais por sua vez possuem “oportunidades” específicas para serem demonstrados e reconstruídos. A demonstração e reconstrução, por sua vez passam a ser compreendidas com a deflagração de efeitos processuais. Os limites dos efeitos são lidos como aptos a constituir, extinguir, desconstituir situações jurídicas ou processuais ou materiais. Trata-se do retrato rudimentar da justiça moderna tendo em vista a premissa segundo a qual, sobretudo a justiça criminal, pretende aproximar-se da verdade material disponibilizando, para tanto, instrumentos institucionais, pois há de ser relevado que nesta espécie de justiça residem as características mais expressivas do monopólio estatal pacificador das situações litigiosas.

#### 4.1. A questão e a função da verdade no âmbito do processo penal

A teoria do conhecimento busca apoiar-se em uma verdade ou verdades<sup>362</sup>. A diversidade de concepções filosóficas parte por sua vez de diferentes compreensões sobre a possibilidade da razão humana extrair do real a sintonia entre a realidade em si e a sua descrição. A articulação do conhecimento com as formas variadas de se interpretar a verdade objetiva a elucidação e o enfrentamento para com e a partir da realidade existente. As orientações filosóficas exteriorizam as subjetividades que permitem diversos critérios de verdade e interpretações ao longo do tempo. Ainda que se tenha a filosofia como orientação da razão que questiona, inclusive, o “*modus operandi*” da razão humana, mesmo assim não poderá o saber filosófico renunciar ao tempo e às formas de pensamento que ao longo de sua passagem se tornam importantes enquanto ferramentas para compreender o real.

O dogmatismo foi a primeira forma da razão lidar com a compreensão da realidade, reconhecendo-se no conhecimento algo previamente fixado. Segundo uma direção única para a interpretação da realidade, sem análise crítica, o dogmatismo desconsiderava-se o papel do sujeito no processo do conhecer. O depósito total de confiança na razão, a qual apreende os objetos do conhecimento, imprimindo o seu modo de ser na consciência do sujeito<sup>363</sup> é ao mesmo tempo o núcleo e o limite do dogmatismo.

O dogmatismo sugere a crença de que o mundo existe exatamente tal como

---

<sup>362</sup> Nossa ideia de verdade, que refere-se às coisas presentes, aos fatos passados e a linguagem e às coisas futuras, foi construída ao longo dos séculos, a partir de três concepções diferentes, vindas da língua grega, da latina e da hebraica. Em grego, a verdade se diz *aletheia*, significando o não-oculto, não escondido, não-dissimulado, é uma qualidade das próprias coisas e o verdadeiro está nas próprias coisas. Conhecer é ver e dizer a verdade que está na própria realidade, e portanto a verdade depende de que a realidade se manifeste, enquanto a falsidade depende de que ela se esconda ou se dissimule em aparências. Em latim, verdade se diz *veritas*, e se refere a precisão, ao rigor e à exatidão de um relato, no qual se diz com detalhes, pormenores e fidelidade do que aconteceu. Verdadeiro se refere, portanto, à linguagem enquanto narrativa de fatos acontecidos, refere-se a enunciados que dizem fielmente as coisas tais como foram ou acontecerem. A verdade depende, de um lado, da veracidade, da memória e da acuidade mental de quem fala e, de outro, de que o enunciado corresponda aos fatos acontecidos. Em Hebraico, verdade se diz *emunah*, e significa confiança. A verdade se relaciona com a presença, com a espera de que aquilo que foi prometido ou pactuado irá cumprir-se ou acontecer. *Emunah* é uma palavra da mesma origem que *amém*, que significa: assim seja. A verdade é uma crença fundada na esperança e na confiança referidas ao futuro, ao que será ou virá. CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed., São Paulo: Ática, 2001. p. 99.

<sup>363</sup> LUCKESI, Cipriano Carlos; PASSOS, Elizete Silva. *Introdução a filosofia*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 56.

percebemos. Tomamos o mundo como já dado, já feito, já pensado, já transformado. A realidade natural, social, política e cultural forma uma espécie de moldura de um quadro cujo interior nos instalamos e onde existimos. Mesmo quando acontece algo excepcional ou extraordinário nossa tendência natural e dogmática é a de reduzir o excepcional e o extraordinário aos padrões do que já conhecemos e já sabemos<sup>364</sup>.

Em sentido contrário, o ceticismo recusa a possibilidade de o conhecimento atingir a verdade. O ceticismo, por acreditar que o conhecimento é influenciado por fatores internos e externos reorienta a razão e assim, para o cético, o objeto nada pode impor ao sujeito. O sujeito, para o ceticismo, deve abster-se de formular juízos assertivos, considerando o aspecto subjetivo do conhecimento.

Seu pressuposto é a ausência de pressupostos necessários ou de conclusões definitivas. Sua posição é, antes de tudo, uma contraposição ao entendimento de que as coisas são absolutamente coisas, de que o justo deve ser absolutamente justo, de que é possível encontrar, enfim, uma base de certeza, uma lei, uma resposta cabal para a dúvida dos homens. O ceticismo pode ser considerado, enfim, como uma negação geral à pretensão dogmática e à justificação transcendental que se formulam quanto aos homens e suas normas<sup>365</sup>.

E ainda em terreno filosófico, o realismo é posição epistemológica que supõe a existência de coisas reais independentemente da nossa consciência. A consideração do conhecimento como fiel reprodução do real torna crônica a correlação da natureza e da razão, que passam a se identificar tornando a verdade uma possibilidade. Se os instrumentos do conhecer para o ceticismo são móveis e incertos no sentido de seus limites em si e, se para o dogmatismo a certeza quanto a eles pode ir ao encontro de uma decifração quase que inquestionada do real, para o realismo o existente pode ser desvendado partindo-se das leis existentes na natureza<sup>366</sup>.

Em sua atitude radicalmente antimetafísica, procura-se constituir, – isso já no plano jurídico –, ciência empírica das leis. Este saber empírico quer descrever a realidade jurídica com proposições que tenham relações de pertinência com o real, verificáveis, portanto. Uma das vertentes é a eleição de decisões judiciais como

---

<sup>364</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. Op. cit., p. 94.

<sup>365</sup> VITA, Caio Druso de Castro Penalva. Ceticismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo RS: Unisinos, 2009. p. 121.

<sup>366</sup> LUCKESI, Cipriano Carlos; PASSOS, Elizete Silva. Op. cit., p. 56.

fatos. Estes fatos deverão servir de base para as afirmações científicas.<sup>367</sup>

Não se limitando a reconhecer que as normas não são dotadas de virtudes assinaladas pelo formalismo, mais ainda que o direito não consiste tão só no conjunto de normas, o realismo volta-se para a descoberta da realidade social do direito, excluindo preocupações axiológicas ou apuração de fundo psicológico das decisões judiciais<sup>368</sup>.

Já o idealismo prioriza o sujeito e a subjetividade, fundando-se na tese de que o objeto do conhecimento é ideal, produzido pela consciência do sujeito. Ao considerar que os dados da consciência são relativos, porque só conhecemos o que nos chama a atenção, verifica-se um comprometimento com a apreensão da verdade. “Para esta teoria, a verdade não é construída, ela existe independentemente da experiência, captada pela especulação filosófica ou pela fé<sup>369</sup>.”

Se o idealismo desloca para o plano da abstração racional as possibilidades da leitura de da transformação da realidade, para positivismo o conhecimento embasa-se nos sentidos, não admitindo verdades *a priori*, sendo que somente é possível ter com as coisas relações prováveis e susceptíveis de serem confirmadas, utilizando o único critério de verdade, que é a observação. A verdade é admitida no que pode ser verificado<sup>370</sup>. Em outras palavras, o positivismo caracteriza-se pela adesão à realidade, em que o mundo se reduz a sua descrição positiva, rejeitando especulações não justificáveis por uma referência ao dado empírico.

É possível afirmar, partindo dos elementos até aqui relacionados com o propósito de comparar, ainda que brevemente, os limites da razão no contexto de variáveis exploradas pela filosofia, que não há como afirmar a existência de instrumento aproximativo da objetivação da verdade enquanto resultante de perguntas dirigidas tanto para a atividade da razão quanto diante do real. Como já destacado, as diversas subjetividades permitem que coexistam também diversos critérios, métodos e formas de estabelecimento de verdade ao longo do tempo. As verdades são buscadas, produzidas e, “com isso, não podemos mais aceitar conclusões definitivas, pois cada saber deve operar-se a partir de suas fontes e de

---

<sup>367</sup> FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. Realismo Jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo RS: Unisinos, 2009. p. 701.

<sup>368</sup> *Ibidem*, p. 701.

<sup>369</sup> LUCKESI, Cipriano Carlos; PASSOS, Elizete Silva. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>370</sup> *Ibidem*, p. 59.

suas evidências”<sup>371</sup>.

Para Cipriano Carlos Luckesi e Elizete Silva Passos, o sujeito do conhecimento é um homem que não pode ser encarado como ser metafísico, determinado e imutável, que apreende abstratamente a realidade<sup>372</sup>. Pelo contrário, o sujeito do conhecimento deve se relacionar com o objeto, agindo e interagindo com o real, não aceitando as certezas ou mitos estabelecidos na sociedade. É necessário ir além, desconfiar, questionar e avaliar o que nos é apresentado. O conhecimento do direito é o resultado da atuação do sujeito de conhecimento jurídico<sup>373</sup>, elemento central criador do direito, que tem a aptidão para o trato teórico dos conceitos jurídicos, com o intuito de expor a verdade com que ele se identifica, voltado para o compromisso com as diversas expectativas provindas do meio social.

Entretanto, Nicola Abbagnano nos adverte que a teoria do conhecimento perdeu o significado na filosofia contemporânea, sendo substituída por outra disciplina denominada metodologia, que dentre as várias concepções que é empregada, reporta-se aos meios e modos utilizados para se obter o conhecimento. Em outras palavras, a metodologia analisa as condições e os limites de validade dos procedimentos da investigação e dos instrumentos linguísticos do saber científico. Para o citado autor, a verdade corresponde a validade ou eficácia dos procedimentos cognitivos, portanto, relaciona-se diretamente ao método, considerando que no campo do processo penal a validade dos meios jurídicos, que delimitará os procedimentos legais para à obtenção da prova, condicionará a verdade<sup>374</sup>.

A verdade, no campo do direito, está diretamente relacionada ao fim social de efetivação da justiça, pelo menos se cofinarmos ao direito em si sua autocompreensão. Partindo-se da reconstituição histórica de fatos, o Estado busca cumprir o dever da prestação jurisdicional adequada às provas dos autos, e assim, realizar a “justiça”. Giorgio Del Vecchio afirma que não se pode falar em efetiva produção da justiça sem que se descortine a verdade, pois ela é elemento essencial

---

<sup>371</sup>Ibid, p. 59.

<sup>372</sup>Ibid, p. 59.

<sup>373</sup>Para ser sujeito deste tipo de conhecimento, requer-se uma formação especial, uma educação que habilite a criação dos conceitos do direito para colocá-lo em ordem do ponto de vista da finalidade a que se destinam, segundo as regras que o modelo científico estabelece. Tal finalidade é a efetiva realização do conhecimento em determinado grau de abstração. Ibidem, p. 161.

<sup>374</sup> Nicola Abbagnano apud PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal*. Uma introdução jurídico-científica. Coimbra: Almedina, 2010. p. 91.

da justiça. Ambas completam-se e pretendem formar um todo inseparável, em face do que é intrinsecamente contraditório supor que se possa administrar corretamente uma sem respeitar a outra<sup>375</sup>.

Várias são as teorias que se propõe a conceituar a verdade<sup>376</sup>. No âmbito do processo penal, Luigi Ferrajoli disserta que podemos considerar as diversas teorias, sem necessariamente contrapô-las, se realizarmos uma distinção nos planos semântico (relativo ao significado do termo verdade em si), sintático (refere-se ao conjunto de conhecimento em que se insere a noção de verdade) e pragmático (relativo à aceitação e satisfatoriedade pelos que fazem uso da verdade). Neste sentido, em um único esquema teórico, podemos conjugar mais de um conceito de verdade. Considerando a concepção semântica, desenvolvida por A. Tarski, e que será adotada para a análise da verdade no processo penal, a noção de verdade constitui-se a partir de duas condições - adequação material e correção formal, portanto, a definição do conceito de verdade, para ser materialmente adequada, tem que trazer, como consequência a equivalência da forma<sup>377</sup>.

É a validade dos meios de investigação que admite perseguir a verdade

<sup>375</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *A verdade na moral e no direito*. Trad. Francisco José Velozo. Braga: Livraria Cruz – Coleção Scientia Iuridica – Editorial Scientia & ARS, s.d. p. 62.

<sup>376</sup>“Para as *Teorias da correspondência*, a verdade com correspondência expressa a ideia de uma relação entre afirmações e fatos existentes. Essa é, em essência, sua noção fundamental, que relaciona o que se diz (linguagem) ou se conhece (ideia) ao que existe (realidade). Nesse sentido, as coisas, a realidade externa ao conhecimento seria a medida da verdade”. PEREIRA, Eliomar da Silva. Op. cit., p. 97. “Para a *Teoria Semântica*, proposta por A. Tarski, a noção de de verdade constitui-se a partir de duas condições – adequação material e correção formal – de tal forma que sua definição se estabelece por intermédio de uma metalinguagem (...) A definição de verdade somente é possível em uma linguagem necessariamente formalizada e semanticamente não fechada, o que exige uma metalinguagem (M) mais rica que a linguagem formalizada (L), capaz de especificar a estrutura sintática de L, e em condições de definir o verdadeiro em termos de satisfação em L”. Ibidem, p. 101-103. “Para a *Teoria da verossimilhança* desenvolvida por K. Popper a definição de verdade deve ser objetiva, o que somente é possível se aceita a noção de correspondência com os fatos, nos termos do esquema geral proposto por Tarsk como condição de adequação material para definir a verdade de sentenças. Popper apresenta sua concepção do conteúdo da verdade a partir da ideia de verossimilhança, como forma de escolhermos entre teorias diversas a que mais se aproxima da verdade” Ibid., p. 105-106. “*A Verdade aproximada e adequação empírica* foi trabalhada por Boyd, acreditando que é possível determinar diferentes graus de verdade, com base em critério epistêmico de avaliação de teorias (...) admite-se que ao longo deste processo dialético e natural que é a ciência, a verdade como correspondência entre nosso conhecimento e o mundo se nos impõe, gradualmente, isto é, sucessivamente, por meio de teorias cada vez mais próximas da verdade”. Ibid., p. 106-107. “*As teorias epistêmicas* defendem a noção de verdade como uma questão interna ao conhecimento, dependente apenas do que pensamos em relação ao mundo, sem referência necessária ao que existe nele”. Ibid., p. 108. “*A verdade como acordo*, desenvolvida por Luiz Henrique Dutra, sustenta uma abordagem alternativa da questão, a partir do exame de uma noção comum de verdade como acordo, com a qual ele propõe um relato de como se lhe apresenta, em uma investigação qualquer, o “papel desempenhado pela noção de verdade” do que ele extrai “uma formulação alternativa do problema da verdade em seu uso epistemológico”. Ibid., p. 111.

<sup>377</sup> Ibid., p. 101-102.

formal, em contraste com a verdade substancial ou real. Devido o processo apresentar os métodos de comprovação e valoração das provas, a verdade formal não pretende ser verdade, por estar condicionada ao cumprimento de técnicas normativamente pré-estabelecidas<sup>378</sup>. Trata-se de uma verdade provável, em que a ausência de provas robustas e contundentes conduzem a absolvição do acusado, com fundamento no princípio da não culpabilidade. Esta opção epistemológica, fruto da teoria garantista adotada pelo nosso ordenamento jurídico, prepondera no âmbito penal, como garantia de proteção da liberdade dos cidadãos contra a atuação arbitrária do Estado, mas, principalmente, como garantia de verdade.

As garantias processuais, além de assegurar a liberdade, integram o conceito de verdade, exigindo-lhe uma adequação de validade dos meios utilizados para o seu alcance. Analisando esta relação, Eliomar da Silva Pereira afirma que “temos, assim, que reconhecer um nexo entre verdade e validade, tendo esta um vínculo com o método de investigação que, embora limite a busca da verdade, permite legitimá-la pelo respeito a certos valores relacionados a tais limites jurídicos.”<sup>379</sup> A verdade formal tem uma verificabilidade estabelecida, com certas limitações intrínsecas a verdade fática e a verdade jurídica.

A verdade fática, também considerada histórica, trata-se de uma verdade relativa a proposições que falam de fatos passados, não diretamente acessíveis como tais à experiência, ou seja, é resultado de uma ilação dos fatos comprovados do passado com os fatos probatórios do presente. Portanto, tem o valor de uma hipótese de probabilidade, com base em uma conexão causal entre o fato aceito como provado e o conjunto de fatos adotados como probatórios. Já a verdade jurídica decorre de uma inferência chamada subsunção, que se admite ter a natureza de um procedimento classificatório, por referir-se a classificação ou qualificação dos fatos históricos comprovados, conforme as categorias subministradas pelo léxico jurídico e elaboradas mediante a interpretação da linguagem legal. Visando enquadrar um fato a uma definição legal, é irremediavelmente opinativa, na medida que pode-se enquadrar o fato comprovado em outra modalidade, ou não enquadrar.<sup>380</sup> Em virtude de um esquema lógico, que leva em consideração a indução fática e a dedução jurídica, sem ignorar parâmetros

---

<sup>378</sup> Ibid., p. 115.

<sup>379</sup> Ibid., p. 116-117.

<sup>380</sup> Ibid., p. 120 -124.

não exclusivamente jurídicos, extrai-se uma conclusão dispositiva que corresponde a uma decisão judicial, inevitavelmente discricionária, por fundar-se em escolhas probabilísticas e opinativas.

Analisando a verdade formal, Michele Taruffo assevera que a verdade processual produz um déficit na apuração da verdade no processo, por obstar a produção de provas relevantes à apuração dos fatos, cujo conhecimento é importante para a decisão. O déficit apresentado, resultado das normas limitadoras da possibilidade de utilizar as provas relevantes, implica na apuração de uma verdade limitada e incompleta. Portanto, pode-se afirmar que no contexto do processo, a verdade é relativa e objetiva, por fundar-se em provas limitadas normativamente, que justificam o convencimento do juiz, representando a base cognoscitiva na qual o convencimento de que um determinado enunciado corresponda à realidade dos fatos da causa encontra justificada<sup>381</sup>.

O processo criminal não tem o fim genérico de solucionar uma controvérsia, buscando a pacificação social, mas sim apurar a existência de uma situação qualificada, em conformidade ao direito. Em outras palavras, a decisão passa a ser objeto de valoração também em si mesma, e não somente como êxito de um procedimento potencialmente idôneo a pôr fim à controvérsia. A condição necessária para que haja a correção da decisão, em consonância com o direito, é que ela se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa, pois, o sujeito só é verdadeiramente titular de um direito se foram verdadeiros os fatos de que dependem, em concreto, a existência daquele direito.<sup>382</sup> Portanto, a apuração da verdade dos fatos é condição necessária para uma decisão legítima, e por consequência, para a aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Assim, pode-se afirmar:

---

<sup>381</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. Op. cit., p. 106 e 107.

<sup>382</sup> *Ibidem*, p. 139.

O ponto importante, entretanto, é que se não se verificar o pressuposto de fato de que depende a aplicação da norma, esta não pode ser aplicada no caso concreto. Se, todavia, a norma for aplicada na ausência desse pressuposto, a decisão em questão será viciada e juridicamente equivocada. Isso equivale a dizer que a apuração da verdade dos fatos correspondentes ao assim chamado suporte fático abstrato regulado pela norma é uma condição necessária para a correta aplicação da norma no caso concreto: a veracidade da apuração dos fatos é um requisito essencial da legalidade da decisão<sup>383</sup>.

É evidente que a legitimidade de uma decisão não deriva exclusivamente da correção do procedimento que articula todas as garantias processuais fundamentais. É relevante que a decisão obtida seja justa. Michele Taruffo aponta a existência de três condições específicas e necessárias para se ter uma decisão justa. Individualmente consideradas, as condições não são suficientes para determinar a justiça da decisão, exigindo uma aplicação conjunta. São elas:

a) que a decisão seja, com efeito, o resultado de um processo justo, visto que dificilmente se poderia aceitar como justa uma decisão produzida em um processo em que tenham sido violadas garantias fundamentais; b) que tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão, visto que não se pode considerar justa uma decisão que – conforme visto há pouco – não tenha sido tomada em conformidade ao direito, em homenagem ao princípio da legalidade; c) que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa, visto que – como também se disse – nenhuma decisão é justa se se fundar em fatos equivocados<sup>384</sup>.

Desta concepção de decisão justa, Michele Taruffo extrai duas implicações importantes para análise da formação da decisão no processo penal. As condições apresentadas são necessárias para um processo justo, no entanto, insuficientes para sozinhas, determinar a justiça da decisão. A prática das garantias fundamentais não implica que o processo tenha conseguido estabelecer a verdade dos fatos, considerando que as partes podem não ter interesse ou as defesas utilizadas não foram adequadas para atingir o objetivo proposto. Ademais, as garantias processuais podem ser violadas, e assim, afetar a reconstrução dos fatos. Em que pese citadas considerações, a apuração é necessária para se derivar um processo justo, orientado a fazer com se estabeleça a verdade dos fatos relevantes para a decisão. A decisão deve constituir o resultado de um procedimento racional, que se desenvolva segundo as regras e princípios que permita o seu controle e a

---

<sup>383</sup> Ibid., p. 140.

<sup>384</sup> Ibid., p. 142.

sua validade jurídica<sup>385</sup>.

#### 4.2. A verdade e a reconstrução dos fatos juridicamente relevantes

As diversas histórias contadas em juízo podem ser tratadas como se fossem narrativas, encarregadas de dar forma aos fatos delituosos ocorridos. Necessárias no contexto do processo, por meio delas, os fragmentos de informação esparsos dos acontecimentos podem ser combinados e reunidos, formando um complexo de fatos coerentes e dotados de sentido. A incredulidade, menos fascinante que o estado de credulidade, é condição preliminar das narrativas processuais, por caracterizar uma abordagem racional dos fatos reconstruídos em juízo, impedindo os intérpretes de formular e compartilhar falsas convicções<sup>386</sup>.

A decisão final de uma controvérsia é resultado de uma narrativa complexa e não homogênea, que reconstrói os fatos no contexto processual, a partir de várias histórias contadas por sujeitos com interesses e escopos diferentes, considerando o momento e o contexto em que estão inseridos. Nesta perspectiva, as narrativas abrem espaço para manipulações, erros e construções incorretas, afetando substancialmente a verdade dos fatos relevantes – determinada pelo contexto que é formulada - e conseqüentemente, o resultado final almejado.

Toda narrativa processual deve abordar os aspectos jurídicos e fáticos da situação analisada<sup>387</sup>, que apesar de estreitamente conexos, apresentam várias diferenciações. O direito não pode ser provado, restringindo-se a ser um objeto de escolha, de interpretação ou justificação. Lado outro, os fatos são o ponto de referência de todo o mecanismo que concerne às provas e à sua produção, portanto, como objeto de controvérsia, o êxito da demanda depende da prova produzida em relação aos fatos apresentados. A relevância das provas é controlada pela

---

<sup>385</sup> Ibid., p. 142, 143 e 224.

<sup>386</sup> Ibid., p. 51-55.

<sup>387</sup> No entanto, são várias as razões que justificam uma abordagem jurídica e fática indistinta, destacando-se três, na análise de Michele Taruffo: 1) o jurista tende a falar muito mais do direito do que dos fatos; 2) a distinção entre fato e direito é um problema tradicional e sem respostas, possui diferentes significados em diferentes contextos; 3) definir um "fato" pode fazer com que surja uma série de questões filosóficas, de modo que se pode tender a não falar especificamente dos fatos. Ibid., p. 59.

referência dos fatos principais da controvérsia e não pelas argumentações jurídicas proposta pelas partes. Dois aspectos são utilizados para se valorar o critério de relevância dos fatos da causa, devendo verificar se ele é juridicamente relevante, em que o fato corresponde ao tipo de fato definido pela regra jurídica considerada como possível base jurídica para a decisão, ou se é logicamente relevante, correspondendo ao fato que pode ser utilizado como premissa para inferências que podem levar a conclusões sobre a veracidade ou não do fato principal.

A construção da narrativa processual envolve várias histórias contadas pelos narradores (advogados, testemunhas e juízes), que tratam os fatos relevantes a partir de diferentes pontos de vista e interesses, descritos em uma variedade de modos, verdadeiros ou falsos, por meio de atividades criativas e complexas. A ausência de uma narrativa homogênea apresenta como problema fundamental a possibilidade de utilização de argumentos inverídicos, que excluem informações relevantes, para legitimar e justificar a finalidade de vencer a causa.

Michele Taruffo assevera, citando Twining W. que o espírito adversarial do advogado, visando garantir uma decisão a favor do seu cliente, implica na não utilização de argumentos racionais de defesa, incluindo manipulação dos fatos, para afastar a versão verdadeira do ocorrido.<sup>388</sup> A liberdade que o advogado tem de narrar o que é mais vantajoso ao seu cliente, contrapõe-se a necessidade de se manter uma ética na narrativa, que impede o advogado de expor os fatos em juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé. Contudo, apesar de existir a pretensão de veracidade<sup>389</sup>, não parece concebível que o advogado tenha o dever geral de dizer a verdade, ou dizer todas as verdades, considerando a ausência de previsão de sanção por dedução de enunciados inverídicos, como previsto para as testemunhas. Ademais, parece-nos absurdo limitar a atividade profissional do advogado no atual modelo constitucional.

Além do advogado, a testemunha também exerce a tarefa de narrar os fatos da causa de seu conhecimento. As histórias construídas pelas testemunhas têm uma

---

<sup>388</sup> Ibid., p. 63-65.

<sup>389</sup> A pretensão de veracidade é típica da narrativa dos advogados (como de muitas outras narrativas) independente do fato de que em realidade sejam verdadeiras ou falsas. Entretanto, visto que uma pretensão de veracidade não é equivalente à veracidade do enunciado a história que o advogado narra em relação a um fato da causa não é outra coisa senão uma história *hipotética* sobre aquele fato. Essa hipótese é apresentada como verdadeira, mas isso nada mais é do que uma hipótese: a veracidade ou falsidade será estabelecida posteriormente, no curso do processo e na decisão final. Ibid., p. 68.

forte pretensão de veracidade, podendo responder pelo crime de falso testemunho quando faltar com a verdade dos fatos. Neste sentido, espera-se que ela seja imparcial e que sustente a posição processual da sua parte, o que não afasta a possibilidade de existir uma forte tensão entre o dever de dizer a verdade e a inclinação da testemunha a contar a história mais favorável à parte que a chamou a depor, sob pena de tornar-se uma testemunha adversa. As assertivas lançadas na descrição dos fatos tem a função de fornecer ao juiz informações verídicas e confiáveis para a solução da controvérsia<sup>390</sup>.

De todos os narradores, o juiz exerce um papel de maior relevância, por escolher a melhor, entre as várias histórias narradas pelo advogado e testemunhas no processo. Em linhas gerais, a narrativa apresentada pelo juiz tem três características relevantes: 1) constitui-se por uma série de enunciados que descrevem os fatos; 2) é neutral, justa e precisa, sem a função pessoal de competir com outras narrativas processuais; 3) trata-se de uma narrativa verdadeira por basear-se nas provas lícitas, produzidas e valoradas no curso do processo. Reforçada pelas normas constitucionais, a narrativa judicial deve ser motivada e justificada com argumentações jurídicas adequadas e em consonância com o conjunto probatório produzido em juízo, que podem corresponder no todo ou em parte à narrativa apresentada pelas partes. Se a lei não atinge o *standart*<sup>391</sup> exigido pelo texto legal para uma apuração positiva dos fatos e conseqüentemente uma condenação, o juiz redige uma narrativa negativa, dizendo que os fatos relevantes não foram apurados e, portanto, não podem ser considerados verdadeiros.<sup>392</sup>

Neste sentido, as diversas histórias narradas pelos autores não podem ser consideradas isoladamente, somente apresentam um significado determinado quando analisadas, em sua totalidade, as circunstâncias específicas dos elementos singulares de prova, em um contexto ordenado e plausível<sup>393</sup>. Neste sentido, preleciona Michele Taruffo:

---

<sup>390</sup> Ibid., p. 69-71.

<sup>391</sup> Palavra empregada por Michele Taruffo, em itálico, visto que nos dicionários Aurélio e Houaiss da língua portuguesa a acepção utilizada não existe no idioma vernáculo. Ibid., p. 73.

<sup>392</sup> Ibid., p. 73.

<sup>393</sup> De modo diverso, analisando a plausibilidade da narrativa como um todo: "O tema da *história completa* está na base da concepção holística das narrativas processuais; proposta em contraste com os ordenamentos analíticos ou atomistas em matéria de provas, sobretudo no âmbito da psicologia social, referem-se especificamente ao modo com que se supõe que os júris formulem suas decisões sobre fatos. As pesquisas empíricas realizadas em particular por Bennet e Feldman e por Pennington

Portanto, o significado das partes singulares de uma história pode ser determinado somente com referência à totalidade do texto, e o significado geral da história pode ser interpretado somente com referência a todas as suas partes. Usando ainda a metáfora do mosaico, pode-se dizer que o significado de cada peça de vidro é determinada por sua posição no desenho final, mas o significado do mosaico em sua totalidade é determinado pelas cores e pela posição de cada peça<sup>394</sup>.

As diversas histórias narradas sobre um mesmo fato ou conjunto de fatos implica-nos questionar sobre quais das descrições são verdadeiras. No contexto processual, este questionamento exige a fixação de um pressuposto, que corresponde à utilização de um conceito particular de verdade. Assim, os enunciados que reconstroem um fato relevante pode ser considerado verdadeiro se racionalmente confirmado pelas provas produzidas no processo. Narrativas realizadas apenas com o fim de vencer a causa, sem o interesse de apurar a realidade dos fatos da causa, não é a melhor narrativa para ser utilizada para formular uma decisão judicial.

#### 4.3. A legitimidade da decisão e a verdade

É a partir das narrativas dos fatos da causa, produzidas no decorrer do processo, que o julgador fundamenta a decisão final, solucionando a controvérsia existente. Não se admite, no modelo constitucional vigente, uma decisão concebida por meio de uma intuição irracional, fundada em pensamentos subjetivos. Pelo contrário, por destinar-se à apuração da verdade dos fatos, para ser legítima, “a decisão deve constituir o resultado de um procedimento racional, que se desenvolva segundo regras e princípios, ou seja, segundo um método que permita seu controle e determine sua qualidade”<sup>395</sup>.

---

e Hastie parecem confirmar a conclusão de que os júris não se empenham em análises detalhadas dos fatos e das provas que lhes compete, mas usam tipicamente histórias com o escopo de organizar os elementos de prova apresentados em audiência. Portanto, os jurados chegam às suas conclusões sobre os fatos valorando a plausibilidade de histórias completas relativas aos próprios fatos, sem desenvolver qualquer raciocínio analítico sobre circunstâncias específicas ou sobre elementos singulares de prova. Ibid., p. 85-86”.

<sup>394</sup> Ibid., p. 85.

<sup>395</sup> Ibid., p. 224.

Na complexa elaboração de decisão final sobre os fatos da causa, a dúvida entre a veracidade e falsidade deve ser eliminada, considerando que ela não é tomada em condição de incerteza. Os enunciados hipotéticos com pretensão de expressarem a verdade podem evidenciar uma incerteza somente no início e no curso da narrativa, sendo inadmissível na narrativa elaborada pelo julgador, que tem o escopo de remover as incertezas demonstradas com a finalidade exclusiva de vencer a causa. Na leitura de Michele Taruffo:

(...) o juiz não aposta, não prevê, não joga, não arrisca: sua tarefa é “produzir certeza” ou seja, resolver a dúvida sobre a veracidade ou falsidade das hipóteses sobre os fatos. Ele escolhe entre alternativas originalmente incertas, decidindo qual das alternativas pode ser considerada “certa” por sua veracidade ou falsidade ter sido demonstrada pelas provas<sup>396</sup>.

A decisão construída pelo julgador exige uma análise profunda das narrativas constantes no processo. Na formulação de Michele Taruffo, a questão é muito menos simples do que se pensa comumente. Primeiramente, deve-se excluir a ideia de que o juiz deve decidir escolhendo uma das duas hipóteses propostas pelas partes, considerando que, nada assegura que as partes tenham realizado uma narrativa verdadeira sobre os fatos da causa. Conforme já exposto, visando vencer a causa, o advogado pode distorcer a narrativa, induzindo um julgamento indiferente com a verdade. Assim, a escolha da narrativa verdadeira deve estar intrinsecamente relacionada com o conjunto probatório. Outra questão de fundamental importância diz respeito ao objeto da decisão. Afirmar que a decisão considera fatos juridicamente relevantes é uma consideração verdadeira, no entanto simplista para a solução da controvérsia. É a determinação dos fatos que resulta problemas de difícil solução. Portanto, é inadmissível afirmar que um fato é uma instituição simples e homogênea, pelo contrário, ele é determinado com base em uma variedade de circunstâncias e eventos que compõe o fato narrado, e conseqüentemente pela variedade indeterminada de narrativas<sup>397</sup>.

A escolha da narrativa mais adequada deve considerar a interpretação da disposição normativa adotada como critério jurídico da decisão. São os critérios fáticos que direcionam a escolha da norma e sua interpretação, portanto, dentre as

---

<sup>396</sup> Ibid., p. 225.

<sup>397</sup> Ibid., p. 229.

narrativas realizadas, “é necessário determinar qual é a que melhor corresponde a uma possível interpretação aplicativa da norma em questão”<sup>398</sup>. Considerando o princípio da legalidade, deve-se fazer referências às normas e princípios, afastando a incidência de decisões arbitrárias e subjetivas.

A narrativa racional construída pelo julgador estrutura-se em um conjunto ordenado de enunciados, determinados pelas partes, direcionados em quatro níveis, ligados entre si, com base em inferências probatórias. O primeiro nível refere-se aos enunciados que descrevem os fatos principais e todas as circunstâncias que o compõe. O segundo nível corresponde a narrativa dos fatos secundários que possam inferir na veracidade ou falsidade dos fatos principais. No terceiro nível de narrativa inclui os enunciados referentes as provas produzidas no curso do processo. No último nível inclui as circunstâncias das quais se podem fazer inferências sobre a credibilidade e confiabilidade dos enunciados colhidos no terceiro nível<sup>399</sup>.

Reunidos, os níveis podem ser esquematizados da seguinte forma:

a) os enunciados do segundo nível representam premissas para inferências probatórias idôneas à produção de conclusões concernente a enunciados do primeiro nível. Os fatos secundários, com efeito, são levados em consideração se se apresentam logicamente relevantes como fonte de prova indireta de um fato principal, no caso contrário, esses não entram na narrativa dos fatos; b) os enunciados de terceiro nível representam informações úteis para a apuração dos fatos descritos no primeiro nível (é o caso da prova direta de um fato principal), ou ainda informações úteis para a apuração de fatos descritos no segundo nível (é o caso da prova de um fato secundário, ou seja, da prova indireta de um fato principal); c) por fim, os enunciados do quarto nível representam informações úteis para o controle de confiabilidade dos enunciados probatórios que se colocam no terceiro nível, eventualmente dando fundamento a que se façam inferências com o intuito de verificar o valor das informações<sup>400</sup>.

A qualidade das provas produzidas no curso do procedimento penal confirmam ou não a veracidade dos fatos narrados na demanda. O raciocínio utilizado pelo juiz, para a elaboração de sua narrativa, deve analisar se as provas disponíveis são convergentes para a solução da controvérsia ou se carecem de eficácia jurídica.

Portanto, a ligação entre os diversos níveis expressa a natureza inferencial

---

<sup>398</sup> Ibid., p. 230.

<sup>399</sup> Ibid., p. 237-238.

<sup>400</sup> Ibid., p. 238.

da narrativa construída pelo julgador, que tem como finalidade conectar uma afirmação, inicialmente apresentada como hipotética, com as provas que evidenciam a sua veracidade. Trata-se de constatar a confiabilidade e adequação dos enunciados sobre a existência de indícios que constituem as premissas das inferências, sendo que o grau de confirmação depende da qualidade das provas disponíveis em relação a todas as provas possíveis<sup>401</sup>. Nesse sentido, “é fácil constatar que o conceito de confirmação lógica da hipótese com base nas informações disponíveis reflete fielmente a situação em que se encontra o juiz”<sup>402</sup>. Em outras palavras, na leitura de Michele Taruffo:

as hipóteses que se procura confirmar são enunciados concernentes aos fatos principais que constituem o primeiro nível da narrativa do juiz; das provas surgem os enunciados que compõem o terceiro nível da narrativa, que confirmam diretamente os enunciados do primeiro nível, além dos enunciados concernentes aos fatos secundários (que se encontram no segundo nível); esses últimos, se seu turno, atribuem confirmação inferencial dos enunciados sobre os fatos principais. Por fim, os enunciados que estão no quarto nível têm a função de atribuir confirmação, em termos de confiabilidade, aos enunciados que exprimem os resultados produzidos pelas provas<sup>403</sup>.

O grau de confirmação<sup>404</sup>, confiabilidade e coerência de um enunciado proposto, deriva da quantidade e a qualidade das provas disponíveis nas narrativas elaboradas, constatando-se por meio de uma análise racional fundada em argumentos e contra-argumentos das narrativas. Para ensejar uma decisão condenatória, o grau de confirmação da culpabilidade do acusado, no processo penal, deve ser elevadíssimo, para que inexista o risco de se condenar um inocente.

---

<sup>401</sup> Ibid., p. 239-240. É oportuno ressaltar que a validade e a confiabilidade das inferências que são empregadas para confirmar as premissas hipotéticas, depende dos critérios utilizados para criar a conexão com as provas apresentadas.

<sup>402</sup> Ibid., p. 240.

<sup>403</sup> Ibid., p. 240-241.

<sup>404</sup> O grau de confirmação probatória de um enunciado não pode ser quantificado em termos probabilísticos (...) a possibilidade de empregarem-se dados estatísticos como provas diretas de acontecimentos singulares é há muito tempo objeto de discussão, prevalecendo a tendência ao reconhecimento de que isso é racionalmente possível somente em casos muito particulares, e somente quando ocorrem condições específicas de validade do cálculo estatístico e de possibilidade de referência desse ao caso concreto. Disso resulta que o hábito difundido de atribuírem-se valores numéricos aos graus de confirmação que as provas atribuem aos enunciados fáticos carece de fundamento. Esse funda-se na ilusão (totalmente falaciosa) de que tudo pode ser quantificado numericamente, e que o que se traduz em números (geralmente sem qualquer fundamento) é mais exato e, portanto, mais racional do que aquilo que não é contato. Ibid., p. 252.

Portanto, a narrativa construída pelo juiz é formada por um conjunto ordenado dos enunciados fáticos confirmados pelo conjunto probatório suficientemente forte e racionalmente valorado. Assim, existirá razões válidas para sustentar, processualmente, a veracidade dos enunciados no contexto da narrativa. Reunidos, os enunciados adquirem um significado próprio em função da colocação no todo a que pertence, com a consequência de que o todo é mais do que a simples somatória das partes que o compõem e diferentes delas. Provados, os enunciados encontrarão a colocação apropriada obtendo o significado que lhe corresponde no contexto da narrativa. Nesse sentido, preleciona Michele Taruffo, “um mosaico vale mais do que a soma das peças, e o valor agregado é constituído pelo desenho formado pela colocação das peças individuais.”<sup>405</sup>

#### 4.4. Formas, verdade, instituição de verdades a partir da leitura genealógica de Michel Foucault: breve contraponto à leitura positivista

Michel Foucault foi um dos maiores pensadores contemporâneos. O pensador francês transitava pela psicologia, filosofia e história, destacando-se pelas críticas radicais e objeções renovadoras em torno da racionalidade científica. A partir do desenvolvimento da arqueologia, buscou não estabelecer em suas obras um estudo específico dos fenômenos jurídicos. O direito não é o horizonte de indagação de Foucault e Foucault não pode ser considerado um filósofo do Direito, ainda que parcela da obra, “estuda o direito como um objeto fragmentado e descontínuo, relacionando-o um conjunto de práticas e discussões sociais”<sup>406</sup>.

Afastando uma teoria jurídica abstrata, na análise da sociedade moderna, Michel Foucault articula o campo jurídico com a noção própria de norma - identificada como práticas de normalização social - diferente do sentido de norma no âmbito jurídico. A norma vinculada às práticas de normalização social não se origina de fontes formais ou poder constituído e competente para editar leis. As normas estão fundadas em um modelo de exclusão, interdição e proibição, que expressam

---

<sup>405</sup> Ibid., p. 257.

<sup>406</sup> MENDES, Alexandre Fabiano. Liberdade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Filosofia do Direito*. São Leopoldo RS: Unisinos, 2009. p. 366.

dominação<sup>407</sup>, mas as normas não são fundamento para nada do ponto de vista eticamente plausível, compreendida esta plausibilidade nos limites de alguma forma de consciência social.

A normalização para o estudioso tem relação com os discursos apresentados pelas ciências humanas, os quais intervêm, por meio de procedimentos específicos, na constituição de subjetividades controláveis. A rede de dominação autoritária evidenciada por Michel Foucault destaca-se na relação médico – louco nos internamentos, pois, nestes, o médico representa a razão e a razão tem o dever de controlar a loucura.

Michel Foucault tenta evidenciar a fragilidade metodológica das ciências humanas. Ao colocar o homem o centro do conhecimento considera que ao longo da história o exercício múltiplo de técnicas de poder se deu por meio de relações políticas, econômicas e sociais, que alteraram o espaço e as discussões do saber, fortalecendo a transitoriedade das ciências humanas. “Somente uma ficção pode fazer crer que as leis foram feitas para serem respeitadas, que a polícia e os tribunais estão destinados a fazer com que as respeitem. Somente uma ficção teórica pode fazer-nos crer que teríamos nos subscrito de uma vez por todas as leis da sociedade”<sup>408</sup>.

Na obra *Vigiar e Punir* Michel Foucault estabelece as diferenças entre o poder de uma norma jurídica e o poder da lei. Para ele os sistemas jurídicos qualificam os sujeitos de direitos, a partir de normas universais. A disciplina, que é um instrumento de poder-saber, caracteriza, classifica, especializa, reparte-se em torno de uma norma, hierarquiza os indivíduos em relação aos outros e, levada ao limite, desqualifica e invalida também estes indivíduos<sup>409</sup>. “A normalização, como uma tática de poder, reduz o papel das leis e das instituições jurídicas no contexto social”<sup>410</sup>.

Uma sociedade normalizada é o efeito histórico de uma tecnologia de poder centrada na vida. Por referência às sociedades que conhecemos até o século XVIII, nos encontramos em face de regressão jurídica: as

---

<sup>407</sup> Ibidem, p. 366.

<sup>408</sup> FOUCAULT, Michel. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madri: Alianza Editorial, 2001a. p. 12.

<sup>409</sup> FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 183.

<sup>410</sup> MENDES, Alexandre Fabiano. Op. cit., p. 368.

constituições escritas no mundo inteiro a partir da Revolução Francesa, os Códigos redigidos e reformados, toda uma atividade legislativa permanente e ruidosa não deve iludir-nos: são formas que tornam aceitáveis um poder essencialmente normalizador<sup>411</sup>.

Na obra *A Verdades e as Formas Jurídicas*, que é o conjunto de conferências realizadas no Rio de Janeiro, em 1973, Michel Foucault propõe adequar seus pressupostos teóricos aos litígios jurídicos. Seu esforço orienta-se para a exploração das relações do homem com a verdade para evidenciar que estas possuem laços muito mais complexos que as reconstituições apresentadas na fase instrutória de um processo judicial. Considerando que há diversas formas de processo, diversas formas de subjetividade e diversos critérios de aferição da verdade ao longo do tempo, visualizam na invenção de novas formas por meio das quais são instituídas verdades não como expressão de um progresso da racionalidade, em que o sujeito é o núcleo central de todo o conhecimento. A verdade é a resultante das transformações na estrutura política, ligadas às relações de poder.

Michel Foucault preocupa-se com as relações existentes entre os discursos, as práticas e seus efeitos sobre o sujeito. Para ele, a prática de exercício do poder sustenta-se a partir de discursos que lhes dão o efeito de verdade. O binômio saber-poder e seu caráter indissociável, em que a instituição de “verdades” sobre o sujeito favorece e cria relações de poder. Entre as características mais conhecidas da especulação foucaultiana a verdade não existe fora do poder ou sem poder, pois

(...) a verdade é deste mundo, ela é produzida nele graças às múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. A determinação do saber relaciona-se a uma série de conexões com determinadas estratégias de poder coligadas ao discurso, e não como suposta hoje a uma branda, inocente e isenta busca da “verdade”.<sup>412</sup>

Para Michel Foucault as ciências e as teorias não são tomadas como referência ou critérios para apontar ou indicar peremptoriamente a realidade. O conhecimento e as verdades não caminham para uma instância última, absoluta. Não há linearidade, mas há cortes, interrupções, ablações, rupturas, e as

---

<sup>411</sup> FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade – a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A Guilhaon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988. p. 135-136.

<sup>412</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. *A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault*. Disponível em: <<http://www.historiadodireito.com.br/textos.php>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

interpretações são pensadas, relacionadas, articuladas para que delas possam retiradas consequências.

Sob a influência do pensamento de Nietzsche<sup>413</sup>, que não admite a preexistência de um sujeito de conhecimento, Michel Foucault questiona os modelos de verdade que circulam a nossa sociedade, difundidos na modernidade como valores supremos, absolutos e imutáveis. Destaque seja considerado aqui quanto ao equívoco apresentado ao se inserir em épocas remotas nossos modos de compreensão e julgamento de nossos antepassados presos a quadros do discurso e das relações de poder que hoje vivenciamos. Michel Foucault busca demonstrar a precariedade de nossas certezas, bem como de nossos próprios referenciais de análise sobre o homem e, conseqüentemente, sobre o seu passado milenar que não se relaciona senão precariamente com nosso tempo, com nossas práticas.

Para o autor, a verdade habita transitoriamente as possibilidades e limites do pensamento humano. O que vivemos na modernidade não permite a compreensão finalizadora. O que vivemos são interpretações. Nelas, as relações de verdade são formadas a partir de condições políticas e econômicas de existência.

O trabalho de Michel Foucault adota linha diversa das filosofias que versam sobre o sujeito. Ele trilha e institui não um caminho, mas propõe vários, ainda que tendo, antes, trilhado a via das estruturas formadoras das ciências que constituem as noções sobre o sujeito. A dissolução da noção de forma e estrutura parte da idéia de que não há sujeito autoconsciente, livre, senhor de seus atos, não há ciência como conhecimento padrão para o estabelecimento de verdades acima de suspeita, isto em razão da objetividade e neutralidade.

Michel Foucault apresenta severa crítica ao sujeito humano ao propor por meio da história a constituição do sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, mas de sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela

---

<sup>413</sup> Nietzsche realiza uma análise histórica do nascimento de um certo tipo de saber. Em uma época Kantiana, em que o tempo e o espaço eram entendidos como rochas primitivas sobre as quais o conhecimento se fixava, Nietzsche afirma que o conhecimento é inventado, ou seja, não está em absoluto inscrito na natureza humana., possuindo relação com os instintos. Nietzsche rompe com a tradição da filosofia ocidental, liderada por Kant, ao afirmar que “não há, no fundo, nenhuma semelhança, nenhuma afinidade prévia entre conhecimento e essas coisas que seria necessário conhecer”, ou seja, o conhecimento não tem relações de afinidade com o mundo a conhecer.” FOUCAULT, Michel. *Verdade e formas jurídicas*, Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996. p. 17-18.

história. Neste sentido, Michel Foucault mostrará como as “práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento”.<sup>414</sup>

Para o autor, há dois tipos de verdade. A primeira é espécie de história interna da verdade, que se corrige a partir de seus próprios princípios de regulação, é a verdade a partir da história das ciências. A segunda é história externa, considerando que há na sociedade vários outros lugares que a verdade se forma, com regras e formas de subjetividade definidas refletindo na relação entre o homem e a verdade.<sup>415</sup>

Inseridas no segundo tipo de verdade, do Direito se originam várias formas de verdade, advindas de ligações diretas e prováveis com a formação de certo número de controles políticos e sociais próprios da sociedade capitalista. Assim, a relação de força e as relações políticas formam certo número de domínios de saber, autenticadas e transmitidas pelas instituições judiciárias.

O exercício do poder, sustentado por um discurso, dá o efeito de verdade. Segundo Michel Foucault, a forma de poder que vivemos é o famoso panoptismo, modelo de prisões desenvolvido por Bentham que se deslocou no espaço social desde o século XVII, e se estende as muitas outras instituições.

O panoptismo é um dos traços característicos da nossa sociedade. É uma forma que se exerce sobre os indivíduos em forma de vigilância individual e contínua, em forma de controle de punição e recompensa e em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas. Este tríplice aspecto do panoptismo – vigilância, controle e correção – parece ser uma dimensão fundamental e característica das relações de poder que existem em nossa sociedade<sup>416</sup>.

O modelo panóptico existe em todos os contextos, está presente no funcionamento e no quotidiano das instituições, enquadrando a vida dos indivíduos e controlando a totalidade de sua existência. Nas instituições são exercidas diversas formas de poder econômico, político e judicial. Eles se multiplicam, construindo critérios de saber tidos como reflexo e expressão da consciência dos homens. É o nascimento da sociedade carcerária disciplinada, dominada pelo poder, com

---

<sup>414</sup> Ibidem, p. 8-10.

<sup>415</sup> Ibid, p. 11.

<sup>416</sup> Ibid, p. 103.

permanente vigilância e controle cerrado dos indivíduos.

A disciplina é um dispositivo, uma técnica, um instrumento de poder-saber que permite um controle minucioso das operações do corpo através de uma vigilância constante que classifica, hierarquiza e separa os indivíduos. Essa vigilância torna possível uma ininterrupta avaliação que atinge a todas as condutas humanas e permite uma série de coações e penalidades sutis. Um interminável interrogatório e um julgamento constante produzem a figura do anormal, constituído como objeto e efeito desse poder. É sobre ele que incide a norma.<sup>417</sup>

Michel Foucault não pretende fundar disciplina científica alguma<sup>418</sup>. O que ele apresenta a partir da análise arqueológica<sup>419</sup> é a atividade histórico-política que tem a tarefa de descobrir as bases obscuras de relações de poder, das continuidades de comportamento e das condições de existência, pois elas estão em nós incorporadas. O propósito de constatar a utilidade que tiveram ou ainda tem, como também determinar o sistema de poder que estão ligadas colocam em diante de nós os impasses outrora compreendidos como soluções da razão. A arqueologia é uma máquina crítica, boa, não na medida em que ela transcreve ou fornece o modelo do que se passou, e sim na medida em que ela consegue dar elementos a nós sobre aquilo que se passou, ou melhor, sobre os limites de um modelo tal que permita que nos libertemos do que passou<sup>420</sup> e que deseja perpetuar-se.

Para tanto Michel Foucault trabalha os discursos sem separá-los das

<sup>417</sup> MENDES, Alexandre Fabiano. Op. cit., p. 368.

<sup>418</sup>Independente da história tradicional das ciências, Foucault considera não tanto o conteúdo da ciência como a sua própria existência. Uma certa maneira de interrogar os fatos, que me faz perceber que numa cultura como a do Ocidente a prática científica tem uma emergência histórica, comporta uma existência e um desenvolvimento histórico, e seguiu um certo número de linhas de transformação independentemente de seu conteúdo. Era preciso, deixando de lado o problema do conteúdo e da organização formal da ciência, pesquisar as razões pelas quais a ciência existiu ou uma determinada ciência começou, num momento dado, a existir e assumir um certo número de funções em nossa sociedade. FOUCAULT, Michel; ROUANET, Sérgio Paulo; MERQUIOR, José Guilherme, et. al. *O homem e o discurso* (A Arqueologia de Michel Foucault). 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996. p. 19.

<sup>419</sup>A existência das ciências não necessita de uma série de fundadores, que teriam produzido um certo número de transformações em virtude de suas descobertas, de seu gênio, de sua maneira de conceber as coisas. Ocorrem, simplesmente transformações que se passam aqui e ali, simultaneamente ou sucessivamente, transformações enigmaticamente homólogas e das quais ninguém é de fato o titular. Ibidem, p. 30. A Arqueologia não é completamente uma teoria nem uma metodologia. Não é uma teoria na medida, por exemplo, em que eu não sistematizei as relações entre as formações discursivas e as formações sociais e econômicas, cuja a importância foi estabelecida pelo marxismo de uma forma incontestável (...) seria preciso elaborar tais relações, para construir uma teoria. Quanto a metodologia, nenhum problema metodológico foi trabalhado. Foi a tentativa de identificar o nível no qual precisava situar-me para fazer surgir os objetos que eu tinha manipulado durante muito tempo sem saber sequer que eles existiam, e portanto, sem saber nomeá-los. Ibidem, p. 18.

<sup>420</sup>FOUCAULT, Michel. *Verdade e formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1996. Op. cit., p. 156-157.

relações que os constituem. O discurso como prática, “não se entende a atividade de um sujeito, e sim a existência objetiva e material de certas regras as quais o sujeito tem que obedecer quando participa do discurso. Prática como “efeitos” das regras, ou “feixe de relações”<sup>421</sup>.

O discurso nada mais é do que a reverberação de uma verdade nascendo diante de seus próprios olhos; e, quando tudo pode, enfim, tomar a forma de discurso, quando tudo pode ser dito e o discurso pode ser dito a propósito de tudo, isso se dá porque todas as coisas, tendo manifestado e intercambiado seu sentido, podem voltar à interioridade silenciosa da consciência de si (...)<sup>422</sup>.

Por meio das práticas discursivas, determinada pela regra e regularidade, estruturadas em relações encarnadas e reproduzidas em instituições e regulamentações historicamente determinadas são construídas as noções de saber. “Estas relações são estabelecidas entre instituições, processos econômicos e sociais, formas de comportamento, sistema de normas, técnicas, tipos de classificação, modos de caracterização”<sup>423</sup>. Neste sentido;

O discurso é ao mesmo tempo soberano e prisioneiro. Aquilo ao qual o homem cede, que o conduz em sua superfície translúcida, que age e pensa por ele, que dita os enunciados necessários e autoriza os enunciados possíveis. Mas também a exterioridade selvagem que precisa ser dominada por sistema de interditos e domesticada por fórmulas de legitimação, a fim de conjurar sua imprevisibilidade e fixá-la numa ordem.<sup>424</sup>

A partir de uma leitura foucaultiana viabiliza-se a problematização de questões de hábito arraigadas na justiça criminal da sociedade moderna e que são consideradas como aceitáveis e naturais. Ao questionar-se o mito da verdade real no processo penal, para compreendermos no que ele se funda, verifica-se que é a expressão de estratégia para se mantenham relações de poder. Anunciadas como necessárias para a formação do convencimento do julgador que proferirá uma sentença, realizando a “justiça”, parafraseando Michel Foucault, tal abstração apenas poderá ser resultante de uma ficção teórica.

<sup>421</sup> FOUCAULT, Michel. *O homem e o discurso* (A Arqueologia de Michel Foucault). Op. cit., p. 51.

<sup>422</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>423</sup> Ibid., p. 60.

<sup>424</sup> Ibid., p. 13.



## SÍNTESE CONCLUSIVA

O presente estudo tinha como desafio analisar a construção da decisão judicial no processo penal, à luz da teoria democrática e pós positivista ferrajoliana, que utiliza a determinação da verdade dos fatos narrados para se condenar de forma legítima. Para discutir a temática, o trabalho foi estruturado em 4 itens intitulados “O garantismo penal ferrajoliano”, “A construção da decisão criminal”, “Revisitando a formação da prova criminal” e “Notas sobre a verdade na jurisdição penal”.

No primeiro item objetivou-se analisar a teoria garantista desenvolvida pelo italiano Luigi Ferrajoli, apontando os seus significados, elementos e finalidades para apresentar o garantismo como um elemento essencial do constitucionalismo moderno. A partir desta delimitação, propôs-se uma releitura garantista do poder punitivo e da liberdade, destacando o fortalecimento da intervenção penal em detrimento dos direitos fundamentais, diante do movimento repressivo de lei e ordem.

A teoria garantista ferrajoliana aplica-se a todos os ramos do direito e tem como finalidade maximizar a intervenção estatal para a efetiva tutela dos direitos e garantias fundamentais, reduzindo, assim, o poder punitivo do Estado. A atividade punitiva do Estado limita-se, passando a ser regida e submetida ao direito. Não há espaço para práticas antigarantistas, marcadas por um poder punitivo arbitrário e abusivo.

O segundo item tinha a finalidade de explorar a construção da decisão criminal, propondo, a partir da crítica desenvolvida por Antonio Carlos Wolkmar, uma leitura dos fins do sistema de direitos, questionando o que está normatizado e oficialmente consagrado no ordenamento jurídico. Em seguida, realizou-se uma análise do direito à uma decisão criminal constitucionalmente adequada, a partir da construção do sentido da norma, considerando os casos concretos apresentados, sempre com enfoque na estrutura de um sistema garantista.

O terceiro item propôs visitar a formação da prova no procedimento criminal, discorrendo sobre a produção da prova ilícita e sua vinculação com a descoberta da verdade. Para tanto, abordou-se a *Teoria Fruits of the Poisonous*

Treee a aplicação das duas exceções, questionando, a partir do garantismo ferrajoliano sua incidência no ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no último item foi proposta uma análise da verdade na jurisdição penal, explorando a relação existente entre a construção dos fatos juridicamente relevantes e a verdade, para a formação de uma decisão legítima. Encerra-se o trabalho com uma análise da verdade sob a ótica das indagações realizadas por Michel Foucault, propondo uma reflexão da verdade como resultado de transformações na esfera econômica, social e principalmente política, não se reduzindo apenas a uma simples restituição de fatos no curso de um procedimento.

No Estado Democrático de Direito, o exercício da jurisdição penal exige a observância das premissas constitucionais. Portanto, nenhum acusado pode ser responsabilizado criminalmente, a margem do modelo garantista. O processo penal construído na modernidade - neste texto explorado nos limites da construção doutrinária brasileira - detém formas específicas para compreensão da verdade e essas formas estão relacionadas com a produção daquilo que este mesmo processo compreende como prova de verdade processual e material. A formação da prova criminal vincula-se diretamente à “revelação” da verdade dos fatos da causa, sendo, portanto, inadmissível considerar a “verdade” atingida pela utilização de meios ilícitos, reflexo das exceções de uma teoria que exclui direitos e garantias fundamentais.

A construção da decisão criminal simboliza o exercício do poder punitivo do Estado perante seus destinatários, sempre em conformidade com o procedimento garantista, que é, conforme demonstrado, um elemento essencial do constitucionalismo moderno.

A legitimidade decisória se afere pela verdade construída pelas partes no curso do procedimento penal, marcadas pela ampla argumentação na interpretação dos fatos. É o conjunto probatório que viabiliza a construção das narrativas dos fatos causa e controla a verdade narrada, fornecendo elementos suficientes para que o juiz possa fundamentar a decisão construída. Portanto, é inadmissível a utilização de provas ilícitas, produzidas a partir de lesão às garantias fundamentais, salvo para beneficiar o acusado.

A decisão criminal não corresponde a uma mera reprodução da lei a partir de uma concepção silogística dos fatos e do texto legal, compreendendo-se que ambos carregam os seus próprios sentidos. Pelo contrário, é necessário afastar o

positivismo clássico, vinculando-se a construção da decisão ao modelo interpretativo fundado nas premissas garantistas.

Ao longo de toda a história, os regimes de governo determinaram os objetivos do Estado, o sistema probatório vigente e por consequência as formas de se “atingir a verdade” no processo penal. A forma de se compreender a verdade reflete diretamente na construção da decisão criminal, por ser, no modelo constitucional de direito, o fundamento de sua formação.

A implementação do Estado Democrático de Direito passa a exigir uma adequação ao novo paradigma, com a concretização de valores sociais. A conjugação dos princípios constitucionais garantem a concretização de direitos e garantias fundamentais, com decisões sem resquícios inquisitoriais. A certeza na concretização dos direitos fundamentais não está no uso da força, no uso de meios coercitivos de penalidade ou na elaboração de leis mais severas, mas sim na concretização de leis hábeis a propiciar as garantias constitucionais, com aplicadores técnicos e preparados para julgar.

Discursos autoritários expressos nas normas processuais, voltadas para o fortalecimento do poder punitivo do Estado, devem ser constitucionalmente interpretadas, conferindo-se maior efetivação das garantias penais e processuais asseguradas no texto constitucional, sem restrição aos direitos fundamentais. A interpretação constitucional exige uma atividade intensa do intérprete, que deve acompanhar a dinâmica social e a variedade de argumentos apresentados na causa, para que se possa construir uma decisão legítima, estruturada nas premissas garantistas.

Neste sentido, é importante limitar a relação da “busca da verdade” com a reconstrução histórica dos fatos, confiantes na crença inquisitorial de que o processo penal “descortina” a verdade, legitimando os atos abusivos do Estado, ancorados na missão de cumprir o fim social de efetivação da justiça penal em termos formais e institucionais. É necessário desconstruirmos a falsa ideia de que por meio do processo, mesmo desenvolvido com a estrita observância dos princípios e garantias instituídas com a Constituição Federal de 1988, alcança-se o ideal de justiça criminal, pois para um texto que se autocompreende como crítico, a justiça social precede a criminal e o Estado moderno tem se orientado em agudizar as formas de controle social tendo em vista o déficit de suas políticas públicas sociais.

Estamos aprisionados às instituições de verdade produzidas a partir de

preconceitos e tradições que perduram ao longo do tempo e são difundidas na modernidade como valores supremos e inquestionados. A crítica que sugere a libertação dessas crenças exige a reordenação metodológica no estudo da prova processual criminal e para a recompreensão da verdade no processo penal. Ao cindir convicções e abalar certezas, compreenderemos que a verdade é resultante das transformações na estrutura política, econômica e social.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

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

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRÉS, Ibanez. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

AARNIO, Aulis. *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

ALMEIDA NETO, Wilson Rocha de. A atividade de inteligência como instrumento de eficiência na tutela de direitos fundamentais. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Coord). *Garantismo penal integral*. Salvador: Juspodivm, 2010.

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

ANDRÉS, Ibanez. Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo. *Da prova no processo penal*. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. *Verdade processual penal: limitações à prova*. Curitiba: ABDR, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas ambientais e clandestinas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. em face das Leis 9.296/1996 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo: RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários do STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira (Coord.). *Constituição e democracia: aplicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhaes. *(RE)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Os direitos fundamentais em Ferrajoli: limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito. In: VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (Coord.). *Garantismo pPenal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO Luís Roberto; BARCELLOS Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Marcos Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 3. ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 1996

BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOSCHI, José Antonio Paganella; CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José; KREBS, Pedro (Coords.). A sentença penal. *Revista Ibero- Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, ano 2, n. 4, p. 47-77, set.-dez., 2001

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus* n. 74.678/SP. Relator: Min. Moreira Alves, 15 de agosto de 1997.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF, nº 250. Voto do Ministro Ministro Sepúlveda Pertenc. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo250.htm>>. Acesso em: 10 set. 2013.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Servanda Editora, 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita em processo penal: um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 12, out./dez. 1995.

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3.

CINTRA, Antônio Carlos de A.; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003.

\_\_\_\_\_. *Para uma teoria crítica do direito*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/470/22.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2013.

COMANDUCCI, Paolo. Problemas de compatibilidade entre direitos fundamentais. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n.4, jul/dez. 2008.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Trad. Jorge Gueirreiro. v. 2. Bogota: Temis, 2000.

CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penali*. Milano: Giuffrè, 1963.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de História do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946

DAHRENDORF, Ralf. *A lei e a ordem*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1997.

DEL VECCHIO, Giorgio. *A verdade na moral e no direito*. Trad. Francisco José Velozo. Braga: Livraria Cruz – Coleção Scientia Iuridica – Editorial Scientia & ARS, s.d

DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. (Coleção pensamento crítico)

ESTRAMPES, Manuel Miranda. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. 2. ed. rev. y ampl. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004

FAINZILBER, Fernando. Prova Penal – Banimento Constitucional das Provas Ilícitas (CF, Artigo 5o, LVI) – Ilícitude (Originária e por Derivação) – Inadmissibilidade. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano VIII, n. 48, fev./mar. 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Efetividade, processo penal e dignidade humana: tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier latin do Brasil, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Trad. José Manuel Díaz Martín. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica (et al). 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. Trad. de André Karam Trindade. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>> Acesso em: 20 set. 2013.

\_\_\_\_\_. O garantismo e a esquerda. In: VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (Coord.). *Garantismo Penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio eletrônico – século XXI*. São Paulo: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andrea. Realismo Jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo RS: Unisinos, 2009.

FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Orgs.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault*. Disponível em: <<http://www.historiadodireito.com.br/textos.php>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

FONSECA, Tiago Moura. *As provas obtidas ilicitamente no processo penal: provas ilícitas a favor da acusação sob a ótica do princípio da proporcionalidade-razoabilidade*. 2009. 295p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987

\_\_\_\_\_. *História da sexualidade – a vontade de saber*. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

\_\_\_\_\_. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

\_\_\_\_\_; ROUANET, Sérgio Paulo; MERQUIOR, José Guilherme, et. al. *O homem e o discurso (A Arqueologia de Michel Foucault)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1996.

\_\_\_\_\_. *Un diálogo sobre el poder y otras conversaciones*. Madri: Alianza Editorial, 2001a.

GHISLENI, Cristiane. Sistema constitucional das provas penais: ilicitude e direitos fundamentais. In: BUENO, Jorge Luiz da Rocha (org.). *Monografias jurídicas 10*. Santa Cruz do Sul: Instituto Padre Reus, 2005.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 10. ed. rev. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

\_\_\_\_\_. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Notas sobre terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide (Org.) *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 303 - 318.

\_\_\_\_\_. A inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 85, 2010.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio, uma visão minimalista do direito penal*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

\_\_\_\_\_. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1998

\_\_\_\_\_. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Devido Processo Legal. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

IHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 6. ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2010.

IPPOLITO, Dario. Itinerari del garantismo. *Videre*: Dourados, MS, ano 3, n.6, p.53-67, jul./dez.2011.

\_\_\_\_\_. Luigi Ferrajoli's garantism. Trad. Hermes Zaneti Júnior. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 3, n. 1, jan./jun., p. 34-41, 2011.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: nocões e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KAFKA, Franz. *O processo*. Porto Alegre, RS: L&PM, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3 . n. 5, p. 95-113.

KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no direito processual penal brasileiro. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Mauricio Zanoide de. *Provas no processo: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

KERVÉGAN, J-F. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Barueri: Manole, 2006.

LELLES, Flávio. *Processo penal*. Belo Horizonte: Méritus, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1

LUCKESI, Cipriano Carlos; PASSOS, Elizete Silva. *Introdução a filosofia*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009.

MANDROU, Robert: *Magistrados e feiticeiros na França do século XVII: uma análise de psicologia histórica*. Trad. Nicolau Sevckenko e J. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1979.

MARQUES, José Frederico. *Elementos do direito processual penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; DONATO, Jânio Oliveira. *Decisão penal no Estado Democrático à luz da hermenêutica filosófica e do modelo constitucional de processo*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n. 54, p. 75-87, 2011.

MATTEUCCI, Nicola. Costituzionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. *Dizionario di politica*. Torino: UTET. 2004 (1976).

MELLO, Celso de. *Inadmissibilidade de provas ilícitas*. Acao penal n. 307-3. Voto (preliminar sobre ilicitude). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/dh/volume%20ii/apenal3073htm.htm>>. Acesso em: 28 de out. 2013.

MENDES, Alexandre Fabiano. Liberdade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionario de Filosofia do Direito*. São Leopoldo RS: Unisinos, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/mendes.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2013

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. Herbert Wuntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997.

\_\_\_\_\_. *Tratado de la prueba en materia criminal*. Trad. Primitivo González Del Alba. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

MONTE, Mário Ferreira; CALHEIROS, Maria Clara; MONTEIRO, Fernando Conde; LOUREIRO, Flávia Novessa (Org.). *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo penal*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. rev e ampl. atual. de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. *Garantismo*. Disponível em: <<http://eugeniopacelli.com.br/prefacios/garantismo/>> Acesso em: 23 set. 2013.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Piaget, 1999

PAULA, Francine Machado de. *Da revista íntima nos estabelecimentos prisionais em dias de visita: uma violação direta a direitos fundamentais*. In: VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (Coord.). *Garantismo penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PEREIRA, Eliomar da Silva. *Teoria da investigação criminal*. Uma introdução jurídico-científica, Coimbra: Almedina, 2010.

PIEROBOM, DE ÁVILA, Thiago André. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PINHEIRO, Rui; MAURICIO, Artur. *A constituição e o processo penal*. Lisboa: Coimbra Editora, 1976(reimpressão 2007).

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. *Direito penal e estado democrático de direito: uma abordagem a partir do garantismo de Luigi Ferrajoli*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2<sup>a</sup>ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

PRADO, Leandro Cadenas. *Provas ilícitas: teoria e interpretação dos tribunais superiores*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ROMANO NETO, Odilon. *Influência americana na reforma do Código de Processo Penal*. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/influencia-americana-na-reforma-do-codigo-de-processo-penal/>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

ROVEGNO, André. *O sistema de provas no processo penal estadunidense*. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gaviao de; MORAES, Mauricio Zanoide de. (Org.). *Provas no processo, estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero e Maria del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

\_\_\_\_\_. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 2, 1998. Disponível em:

<[http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/1998/02/-sumario?next=3](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/02/-sumario?next=3)>. Acesso em: 15 set. 2013.

SANTOS, Pedro Sérgio dos. *Direito processual penal & a insuficiência metodológica: a alternativa da mecânica quântica*. Curitiba: Juruá, 2004.

SEGADO, Carmelo Jiménez. La prueba ilícita y las reglas de desconexión de sus efectos. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Madrid, ano VI, n. 58, mar. 2009.

SERRANO, Nicolas Gonzalez-Cuellar. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

SILVA, Bruno César Gonçalves. *Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Interpretação, argumentação e decisão jurídica em Robert Alexy. In: *IV SEMINÁRIO TEORIA DA INTERPRETACAO E DA DECISAO JURIDICA*. 2010, Pouso Alegre. Seminário... Pouso Alegre: Mestrado em Direito FDSM, 2010.

SIMONS, Christian Sthefan. *A prova ilícita no direito processual penal norte-americano e alemão e as influências no processo penal brasileiro*. 2007. 168 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

STRECK, Lenio Luiz. *Do garantismo negativo ao garantismo positivo: a dupla face do princípio da proporcionalidade: juris poiesis*. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, Mestrado em Direito, 1999.

TARUFFO, Michele. Consideraciones sobre prueba y verdad. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, ano VII, n. 11, jan./dez. 2002.

\_\_\_\_\_. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale scientifica, 2007.

\_\_\_\_\_. Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción. In: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 31, pp. 383-391, 2008.

\_\_\_\_\_. *Páginas sobre justiça civil*. Traducción Maximiliano Aramburo Calle. Madrid / Barcelona / Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

\_\_\_\_\_. *La prueba de los hechos*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2011.

\_\_\_\_\_. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. *O novo sistema de provas no processo penal: Comentários à Lei 11.690/08*. Curitiba: Juruá, 2008.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições do Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1959. v. 4.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 22. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.

\_\_\_\_\_. *Processo penal*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1

VIDAL, HÉLVIO SIMÕES. Provas ilícitas e a extensão dos seus efeitos. *De Jur: Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 11, jul./dez. 2008.

VITA, Caio Druso de Castro Penalva. Ceticismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo RS: Unisinos, 2009.

WOLKMER Antonio C. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WROBLEWSKI, Jersy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas Ediciones, S.L, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A prova ilícita e o tribunal penal internacional: Regras de admissibilidade*. 2006. 290 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.