

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Aline Angela Bruschi

O USO (INDEVIDO) DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL E A “CAPTURA PSÍQUICA” DO MAGISTRADO À LUZ
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Carazinho
2012

Aline Angela Bruschi

O USO (INDEVIDO) DAS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO
PENAL E A “CAPTURA PSÍQUICA” DO MAGISTRADO À LUZ
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

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

Carazinho
2012

*Aos meus pais, Lorimar e Salette,
a minha irmã Ádyna e ao querido Eduardo,
por todo o amor, apoio e incentivo nesta etapa.*

AGRADECIMENTOS

A elaboração de um trabalho de conclusão de curso nunca é fácil ou simples, porém, sempre que contamos com pessoas especiais a dificuldade parece abrandar e o que era sofrimento insuportável torna-se algo a ser superado. Minha sorte me permitiu contar com inúmeras pessoas, as quais tornam os dias daqueles que as rodeiam brilhantes e agradáveis, e é a elas que este agradecimento é feito.

Em primeiro lugar, agradeço às forças superiores que me guiaram durante todo o processo de elaboração da monografia jurídica.

Agradeço ao meu orientador, pela calma com os meus tropeços, pela paciência em auxiliar-me durante este ano de elaboração de trabalho, pelos riquíssimos conhecimentos que compartilhou, humildemente, comigo.

Como não poderia deixar de ser, agradeço aos meus pais, Lorimar e Salette, que durante toda a vida relegaram-se a segundo plano para que eu pudesse alçar voos mais altos. Agradeço, ainda, por todo o apoio que me dispensaram nestes cinco anos de curso e durante toda a elaboração deste trabalho, por acreditarem no meu potencial, incentivando-me, e pelo amor incondicional que me dispensam.

Ao Eduardo, pelas noites em claro, pelas palavras de incentivo, pelo consolo ofertado em meio às dificuldades, pelo desprendimento. Por todo o amor, carinho e respeito que há entre nós.

A Ádyna, que com suas críticas, me faz desejar a superação.

Aos meus avós, que nunca deixaram de acreditar em mim, em especial à dona Lorena, que incansavelmente me incentivou.

Aos meus amigos, os quais, perto ou longe, foram fundamentais para a construção desta monografia.

A todos, que de algum modo, me auxiliaram, muito obrigada.

“Quem combate monstruosidades deve cuidar para que não se torne um monstro. E se você olhar longamente para um abismo, o abismo também olha para dentro de você.”

Friedrich Nietzsche

RESUMO

A Constituição Federal assegurou a todos os indivíduos uma vasta gama de direitos e garantias, cujo parâmetro de observância expressa-se, por vezes, através dos princípios. É nesta senda que o princípio da imparcialidade, atrelado a outros, como a jurisdicionalidade e o juiz natural, assume relevante papel, especialmente no trato à inserção de provas obtidas ilícitamente no processo penal, haja vista que estas, ainda que extraídas dos autos, podem acarretar grave ofensa aos princípios suprarreferidos, mormente diante da “captura psíquica” que provocam no julgador ao prolatar suas decisões. Destarte, o presente estudo tem por escopo verificar a ocorrência de prejuízos aos ditames constitucionais diante do contato do magistrado com as provas ilícitas. É, pois, diante das correntes doutrinárias estudadas, que se conclui pela possibilidade de ofensa ao dever de imparcialidade do juiz que, conhecendo as provas ilícitas, as considerou, ainda que inconscientemente, para prolatar suas decisões. Menciona-se, por fim, que o método de abordagem utilizado para que a pesquisa obtivesse o êxito almejado foi o dialético, por melhor enquadrar-se aos objetivos propostos.

Palavras Chave: “Captura psíquica”. Decisão judicial. Princípio da imparcialidade. Provas ilícitas.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS PENAIS NO DIREITO BRASILEIRO E SEUS ASPECTOS FUNDAMENTAIS	10
1.1 A relevância dos princípios e garantias do indivíduo em matéria criminal.....	10
1.2 Jurisdicionalidade: importância e desdobramentos legais.....	12
1.3 A imparcialidade vista como princípio processual norteador da ação penal e suas derivações principiológicas	20
1.4 Os sistemas processuais penais sob o enfoque constitucional.....	28
2 AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL: UTILIZAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS	37
2.1 Direito à prova no processo: obtenção, produção e <i>ônus probandi</i>	37
2.2 Provas ilícitas no processo penal: necessárias restrições à atividade probatória.....	49
2.3 Da necessária (ou não) relativização às restrições constitucionais acerca do uso das provas ilicitamente obtidas no processo penal	57
3 O JUIZ POSTO A DECIDIR: INCONSCIENTE EM AÇÃO?	63
3.1 O julgador no processo penal: figura neutra ou imparcial?.....	63
3.2 Decisão judicial: os perigos de uma motivação desvirtuada	71
3.3 A “captura psíquica” do julgador como cerne da problemática advinda das provas ilícitas no processo penal	76
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	87

INTRODUÇÃO

A legislação brasileira, principalmente em sua Constituição Federal, assegura a todos os cidadãos o acesso e direito a uma vasta gama de garantias, cuja existência e dever de observância são fundamentos absolutos para o Estado Democrático de Direito, sob o qual o Brasil está erigido.

É nesta senda que a Constituição Federal, positivando tais garantias, estabeleceu, explícita e implicitamente, princípios basilares, que permeiam o processo penal. A inobservância ou desrespeito a esta principiologia, na medida em que afrontam a Carta Magna, devem ser combatidas, em que pese tal tarefa não se mostre fácil.

Sob este prisma, num primeiro momento, será promovido um estudo acerca do princípio da jurisdicionalidade, que, por caracterizar-se pela inércia dos órgãos jurisdicionais, norteia os aspectos fundamentalmente inerentes à jurisdição, sempre com vistas a assegurar a aplicação imparcial do direito objetivo ao caso concreto. Nesta oportunidade, serão abordados os requisitos a ele inerentes, tais como a investidura, indelegabilidade, indeclinabilidade e improrrogabilidade, além de princípios subsidiários ao tema proposto, como o acesso à justiça, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, celeridade processual e juiz natural.

A imparcialidade, igualmente vista como princípio constitucional, receberá especial enfoque na medida em que é ela quem assegura mais claramente os deveres do magistrado para com as partes na busca por uma solução justa ao processo. Isto porque tal princípio é, ou deveria ser, um limitador das atividades psíquicas do julgador, agindo de modo a isentar suas decisões de quaisquer influências externas ou, até mesmo, internas, que possam atuar em desfavor dos envolvidos na lide.

Em razão disto, abordar-se-ão questões como as prerrogativas constitucionais inerentes à magistratura, que visam assegurar a prevalência do princípio acima nominado, como a vitaliciedade, a preservação dos vencimentos e a inamovibilidade, afora a menção às ferramentas dispostas às partes e ao próprio juiz para a utilização quando presentes quaisquer elementos que ofendam a imparcialidade que deve permear o processo penal e aos princípios dela decorrentes, como, por exemplo, o dever de motivação das decisões e a publicidade.

Encerrando-se o primeiro capítulo e com o fito de situar-se a aplicabilidade de tais princípios, discor-se-á acerca dos sistemas processuais existentes e daquele vigente (ou que

deveria vigorar) no país, conceituando e delineando aspectos históricos e principais características dos sistemas acusatório, inquisitório e misto, oportunidade em que se arguirá a importância do estudo deste tema, para a devida compreensão da sistemática adotada no Brasil quanto à coleta de provas.

Assim, no segundo capítulo mencionar-se-ão questões afetas à matéria probatória no processo penal: conceito, evolução, finalidade, objeto, ônus e meios de prova. Além disto, buscar-se-á a análise dos principais sistemas de valoração das provas existentes (ordálias, intima convicção, provas legais e livre convencimento motivado), além do estudo acerca da problemática que cerceia o conceito de verdade para o processo penal.

Na sequência, abordar-se-ão questões relativas ao uso e inserção de provas consideradas ilícitas na seara processual penal, notadamente em relação à vedação do uso destas como meio limitador da atividade probatória das partes e sua atual relativização pelos tribunais pátrios, com fulcro no princípio da proporcionalidade, momento em que se buscará a análise da constitucionalidade disto, principalmente diante da ofensa perpetrada aos direitos e garantias constitucionalizados.

No terceiro capítulo desta pesquisa, estudar-se-á aspectos relativos à imparcialidade e neutralidade, objetivando verificar se é possível a existência de julgadores revestidos destas condições, o que será feito a partir de uma abordagem racionalista, advinda do positivismo, bem como de uma subjetivista, oriunda de questões afetas à área da psicologia.

Partindo-se deste norte, se tratará de questões afetas às decisões judiciais e à sistemática do pensamento do julgador no momento em que este é chamado ao dever de decidir processos nos quais houve a inserção de provas ilícitas, principalmente em razão da atuação de seu subjetivismo neste procedimento decisório, traçando-se, portanto, aspectos essenciais à resolução do problema proposto.

Destina-se, assim, o presente estudo, de modo genérico, a analisar se as provas ilícitas, insertas no processo penal, contribuem, de algum modo, para a formação da decisão do julgador, ferindo os princípios constitucionais, notadamente, o da imparcialidade, principalmente diante da “captura psíquica” que os elementos probatórios dispõem ao subjetivismo do magistrado, que deve ser imparcial.

Veja-se que, enquanto parcela da doutrina, defendendo ser o magistrado uma figura neutra, que se abstrai de suas cargas subjetivas no momento de decidir, agindo apenas racionalmente, indicam que a existência das provas ilícitas no processo penal em nada afeta os

princípios constitucionais, outra gama de doutrinadores refere que, por ser o magistrado um ser humano, composto de uma carga de subjetivismo da qual não consegue desvencilhar-se, pode sofrer influências, ainda que de forma inconsciente, das provas ilícitas que sobrevierem ao processo penal, ainda que momentaneamente, ofendendo, portanto, o princípio da imparcialidade e suas derivações.

Ademais, existem estudiosos que, reconhecendo a atuação do subjetivismo e da “captura psíquica” do juiz, diante da existência das provas ilícitas, refutam a ofensa constitucional, sob a alegação de que o magistrado encontra-se adstrito ao dever de motivação de suas decisões, razões pelas quais não pode ser considerada sua decisão parcial e atentatória à Constituição Federal.

Diante deste quadro, com o escopo de alcançar o objetivo traçado, abordar-se-á na presente pesquisa, a produção literária sobre o tema mediante a aplicação do método de pesquisa dialético, comparando-se os posicionamentos divergentes dos doutrinadores, bem como da legislação hodierna, acerca do assunto objeto de análise.

Desta forma, o presente estudo justifica-se na medida em que torna possível a análise acerca da ocorrência de ofensa aos princípios constitucionais, notadamente, a imparcialidade, diante da ocorrência, se for o caso, de “captura psíquica” do magistrado pelas provas ilícitas insertas no processo, formulando-se uma reflexão acerca da temática, posto que é fator pertinente o debate de questões como esta, fugindo-se do cômodo senso-comum, para que os aplicadores do direito aprimorem-se cada vez mais na profissão escolhida.

1 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS PENAIS NO DIREITO BRASILEIRO E SEUS ASPECTOS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo inaugural, serão analisados aspectos primordiais e basilares ao desenvolvimento da pesquisa, partindo-se do breve estudo acerca da relevância e necessária distinção dos princípios e garantias outorgadas aos indivíduos em matéria criminal.

Após, passaremos à análise da jurisdicionalidade vista como princípio fundamental para o estudo da interferência de aspectos processuais vedados, como as provas ilícitas, nas decisões judiciais, haja vista que a ela encontram-se atrelados preceitos consagrados constitucionalmente, como o princípio do juiz natural.

Adentrando-se à questão principiológica, será conferido especial enfoque ao princípio da imparcialidade, visto como medida propulsora para assegurar ao indivíduo que está sendo processado na esfera criminal o acesso a todos os direitos que lhe são inerentes. Nesta senda, trataremos das garantias conferidas aos magistrados para que não venham a sofrer influências externas, prejudicando sua capacidade de proferir decisões, em claro respeito ao cidadão. Logicamente, serão abordados aspectos secundários relativos ao princípio em comento, como, por exemplo, o dever de fundamentação das decisões e de publicidade dos atos praticados.

Por fim, será promovido o estudo acerca dos sistemas processuais contemporâneos, tema este que se mostra imprescindível quando da análise de situações como as que são objeto deste trabalho, na medida auxiliam na compreensão da sistemática adotada em relação à coleta das provas que, ao cabo, poderão ofender ou salvaguardar os princípios constitucionais da imparcialidade e da jurisdicionalidade.

1.1 A relevância dos princípios e garantias do indivíduo em matéria criminal

A Constituição Federal pátria, promulgada no ano de 1988, representou um grande avanço para o campo do direito e, muito mais, para todos os cidadãos que vivem no país, haja vista que estatuiu e sedimentou inúmeras garantias e direitos, sem os quais não seria possível afirmar que o Brasil está erigido sob o manto de um Estado Democrático de Direito.

É estreme de dúvidas que a Constituição Federal é um receptáculo de direitos e garantias, os quais, sem sombra de dúvidas, tratam-se de institutos distintos, em que pese as inúmeras semelhanças entre eles. Veja-se que, enquanto os direitos são considerados, segundo Michelli Pfaffenseller (2007, p. 93), como formas de proteger os indivíduos diante da atuação estatal, as garantias, conforme lição de Joaquim Canotilho, possuem um caráter instrumental, ou seja, são uma forma concreta de efetivação de tais direitos (2003, p. 396).

Ainda a respeito das garantias constitucionais e da diferenciação no que tange aos direitos, o eminente doutrinador Joaquim Canotilho refere que “as garantias traduziram-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção de seus direitos, quer no reconhecimento de meios adequados a essa finalidade” (2003, p. 396).

Com o escopo de salvaguardar tais garantias e direitos é que a Constituição Federal estabeleceu, explícita e implicitamente, princípios norteadores, os quais podem ser definidos, segundo entendimento de Aury Lopes Júnior, como normas fundamentais do sistema jurídico vigente, que, dada a sua relevância, constituem “a própria essência do sistema jurídico” (2011, p. 114).

São os princípios que constituem, como dito alhures, o verdadeiro cerne de todo o direito e, como não poderia deixar de ser, também do processo penal. Neste norte, a relevância destes quando da aplicação do direito, se dá em razão de sua dupla-faceta, visto que à medida que servem para orientar o julgador no momento de proferir uma decisão, também podem ser considerados uma espécie de limitadores ao arbítrio deste mesmo juiz, garantindo, entre outras coisas, um ato decisório em consonância com o propósito do ordenamento jurídico (BECHARA; CAMPOS, 2005, p. 19).

No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior refere que os princípios devem ser vistos como “regras de julgamento”, na medida em que os julgadores necessitam fazer uso destes, buscando, sempre, atingir sua máxima eficácia, mormente no âmbito processual penal (2011, p. 115). Isto significa que, o processo penal deve ser visto como uma verdadeira forma de aplicação concreta da principiologia constitucional para atingir seus fins.

Tamanha é a relevância dos princípios atinentes ao processo penal, que o legislador pátrio, segundo lição de Luiz Alexandre Cogan, entendeu pertinente elencá-los na Carta Magna, “para que estes não viessem a ser afrontados por leis infraconstitucionais, atribuindo-lhes maior imperatividade” (2009, p. 92).

Citam-se, como exemplos destes princípios basilares, a dignidade da pessoa humana, a jurisdicionalidade, a imparcialidade, o dever de motivação das decisões judiciais, a publicidade, a proporcionalidade, o devido processo legal, o juiz natural, dentre outros, que serão oportunamente analisados ao longo deste trabalho.

Frisa-se de antemão, que não se objetiva nesta pesquisa esgotar o debate acerca dos princípios constitucionais atinentes à matéria processual penal, mas tão somente definir aqueles tidos como imprescindíveis para nortear as decisões dos julgadores em consonância com as disposições constitucionais.

1.2 Jurisdicionalidade: relevância e desdobramentos legais

Adentrando-se nos princípios em espécie, impera que se traga à baila a análise da jurisdicionalidade, haja vista que, como bem lançado por Luigi Ferrajoli, é ela a garantia processual que tem o condão de abarcar todas as demais (2006, p. 495), de forma que a partir de seu estudo é possível explorar com maior compreensão outros fundamentos do processo penal, tais como a figura do juiz natural e o devido processo legal.

Jurisdição é, no saber de José Frederico Marques, a atividade desenvolvida por órgãos ligados ao Estado que se sobrepõe aos conflitantes no âmbito do processo (2000, v. I, p. 193), fazendo, portanto, com que o Estado substitua as partes e resolva os conflitos de interesse existentes, sendo o processo o instrumento efetivador do agir estatal (LEITE, 2004).

Roberto Demo (2006, p. 03), defende que a jurisdição tornou-se, de fato, função estatal no momento em que a justiça privada e a vingança foram proibidas, haja vista que se reconheceu “que o Estado está em melhor condição de dirimir as lides do que qualquer outra pessoa ou instituição”, mormente diante das características que são a ela inerentes, as quais asseguram a figura do julgador “imparcial, natural e comprometido com a máxima eficiência da própria Constituição” preceituado por Aury Lopes Júnior (2011, p. 115), representando, portanto, uma das modalidades de efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como já dito.

A jurisdicionalidade ou jurisdição é caracterizada pela inércia, na medida em que os órgãos jurisdicionais necessitam de provocação dos interessados, que se dá por meio do

direito de ação, pela substitutividade, que representa o dever do Estado, frente à vedação da autotutela, em substituir a atividade das partes para solucionar os litígios e pela imutabilidade, que significa que o exercício da jurisdição após concluído não pode ser alterado, salvo nas hipóteses legais de revisão criminal (ALENCAR; TÁVORA, 2011, p. 235).

Complementando as características acima elencadas, Júlio Mirabete defende que a jurisdição deve estar revestida das seguintes características: órgão adequado, contraditório regular e estabelecimento prévio do procedimento a ser utilizado no processo (2005, p. 177).

A importância destes requisitos é referida por Júlio Mirabete da seguinte forma:

Assim, como **órgão adequado** está o *juiz*, diverso dos órgãos que exercem as demais funções estatais de legislar e administrar, colocado em posição de independência para exercer sua função serena e imparcialmente e distinto das partes. É necessário, também, respeito ao princípio do **contraditório**, o que permite às partes propugnar por seus interesses, fazendo valer as suas razões em pé de igualdade, a fim de que a autoridade judiciária aplique o direito. Por fim, há a necessidade de um **procedimento** segundo as regras estabelecidas para garantir o livre desenvolvimento do direito e das faculdades das partes e, ao mesmo tempo, assegurar a justa solução da lide. (grifo do autor) (2005, p. 177)

Os requisitos acima delineados coadunam-se com a finalidade da jurisdicionalidade que, segundo a lição de José Frederico Marques (2000, v. I, p. 193), nada mais é do que a aplicação do direito objetivo em conformidade com a pretensão que é trazida ao Judiciário pelos envolvidos. Para que este fim seja atingido de acordo com os preceitos constitucionais máximos, impera que a jurisdição esteja revestida de pressupostos como a investidura, a indelegabilidade, a indeclinabilidade e a improrrogabilidade, sendo a partir destas que se desenvolvem todos os princípios jurídicos atinentes ao tema.

Quanto à investidura, Júlio Mirabete bem assinala que o exercício da jurisdição só pode ser exercido por aqueles que tenham sido regularmente investidos no cargo, visto que a sua ausência ou falta pode acarretar a nulidade de todo o processo penal (2005, p. 176), além do mais, como bem lançado por Rosmar Alencar e Nestor Távora, “subsiste a possibilidade de responsabilidade criminal por usurpação de função (art. 328, CP)” em caso de inobservância deste pressuposto (2011, p. 230).

O princípio da indeclinabilidade, ou o direito à ação, pode ser entendido como a obrigatoriedade de o juiz regularmente investido no cargo, apreciar o caso concreto que lhe é

trazido pelas partes à luz da legislação vigente, aplicando o direito objetivo, ainda que seja para julgar improcedente a pretensão do autor da ação (TOURINHO FILHO, 2011, p. 282). Dada sua relevância, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV (BRASIL, Constituição da Republica Federativa do Brasil, 2012), o consagrou entre os direitos fundamentais de todos os cidadãos, definindo que, nas hipóteses de lesão ou ameaça aos direitos, sejam individuais ou coletivos, o(s) prejudicado(s) poderá(ão) acionar o Judiciário na busca de uma solução (mediante, logicamente, da aplicação da legislação vigente) à situação que deu azo ao processo.

Veja-se que a lei veda, em regra, a recusa do magistrado em analisar os processos que são a ele distribuídos, ressalvadas, contudo, as hipóteses de incompetência, suspeição ou impedimento, expressamente previstas em lei (TOURINHO FILHO, 2011, p. 283).

Diretamente decorrente da indeclinabilidade, a indelegabilidade prevê que a função jurisdicional do magistrado não pode ser delegada a outro órgão, ainda que igualmente jurisdicional, salvo os casos taxativamente previstos na legislação, como, por exemplo, as cartas precatórias e de ordem (ALENCAR; TÁVORA, 2011, p. 230). Estes mesmos casos não são considerados por Fernando Tourinho Filho como hipóteses de delegação de poder, mas, isto sim, como situações em que “o Juiz a quem se pediu a prática do ato processual, ao cumprir a diligencia a que se referem as disposições supra, apenas está exercendo sua própria competência, de acordo com a lei” (2011, p. 283).

Em suma, Júlio Mirabete entende que a jurisdição é indelegável, haja vista que caso o magistrado incumbisse a outros o exercício de suas funções, a figura do “juiz constitucional” (2005, p. 176), que nada mais é do que o juiz natural, acabaria atingida, ferindo, assim, o princípio constitucional de mesmo nome.

A inderrogabilidade, também conhecida como princípio da aderência ao território, proíbe ao magistrado o exercício das atividades jurisdicionais fora dos limites fixados pela lei (TOURINHO FILHO, 2011, p. 284), de modo que não é possível que um crime de competência de um juiz ser julgado por outro, ainda que haja concordância dos envolvidos, sob pena de grave ofensa a este preceito (MIRABETE, 2005, p. 176).

A vedação à prorrogação é relativizada pela lei em casos pontuais, tais como nas hipóteses de conexão, continência e desaforamento, casos em que um juiz (que possui jurisdição, pois investido oficialmente no cargo) possui competência para julgar determinado crime que, afora as situações ora elencadas, não teria.

Assim, concretamente fundamentada em diversos preceitos e princípios constitucionais (investidura, indelegabilidade, indeclinabilidade, improrrogabilidade), tem-se que a jurisdicionalidade, caracterizada pela inércia dos órgãos jurisdicionais, pelo caráter de substitutividade e imutabilidade, aliado à sua necessária atuação do direito, na medida em que aplica a lei ao caso concreto (ALENCAR; TÁVORA, 2011, p. 235-236) faz com que dela decorram uma nova gama de princípios, tais como o acesso à justiça, o devido processo legal, o juiz natural, a paridade de armas, os quais fortalecem amplamente o processo penal.

Neste norte, uma vez determinadas as premissas básicas da jurisdição, passa-se à análise dos demais princípios constitucionais a ela interligados, os quais serão de enorme importância no deslinde deste trabalho.

No tocante à possibilidade de ingresso em juízo para solução das questões controvertidas, independente de qual cunho possuam, deve-se partir do pressuposto de que a melhor maneira para tanto é o processo, o qual pode ser visto como o mais perfeito elo entre o cidadão e aquele que detém o poder jurisdicional, não olvidando-se que este último, embora protegido sob o manto da imparcialidade, sofre constantes alterações, conforme o contexto histórico em que está inserido (SILVA, M. 2006), de modo que se pode inferir que o acesso à justiça tornou-se figura importante no cenário pátrio há um pequeno interregno temporal, mais precisamente com o advento da Constituição Federal de 1988.

À luz de um Estado Democrático de Direito, tal qual o Brasil, o princípio do acesso à justiça, analisado em conjunto com o princípio do devido processo legal, deve ser entendido, conforme lição de Marco Antônio Silva (2006), como “a possibilidade posta ao cidadão de obter uma prestação jurisdicional do Estado, sempre que houver essa necessidade para preservação de seu direito”, sendo que a atuação do órgão jurisdicional deve ser “realizada e modo imparcial, rápido, eficiente e eficaz”, fazendo com que o processo seja, deste modo, um dos instrumentos mais importantes e eficazes para a efetivação dos direitos humanos, principalmente no âmbito processual penal.

Como já dito, o princípio do acesso à justiça deve ser analisado de forma conjunta com o princípio do devido processo legal, haja vista que o primeiro configura-se garantia da implementação do segundo na seara processual (CORTÊS; MAGALHÃES, 2006), mas, de outro lado, não existiria o primeiro sem que o segundo fosse previamente criado, visto que é do devido processo legal que surgem uma nova gama de garantias, dentre as quais é possível citar o contraditório, ampla defesa, celeridade processual, entre outras.

O devido processo legal, contido no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal (BRASIL, Constituição da Republica Federativa do Brasil, 2012), pode ser entendido como a necessidade de respeitar as formalidades legais sempre que houver qualquer espécie de cerceamento de defesa ou de privação de bens de qualquer indivíduo (RANGEL, 2008, p. 03), revelando-se garantia essencial às pessoas que são submetidas a uma das espécies de coação acima referidas.

Observe-se que o caráter protecionista decorrente do devido processo legal pode ser verificado tanto no aspecto material quanto formal da garantia, pois, segundo lição de Alexandre de Moraes (2011, p. 297) “o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total com o Estado-persecutor e plenitude de defesa”.

Nesta senda, os doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Alencar referem que o aspecto formal, indicado por ele como processual, é aquele que garante a tutela dos bens jurídicos por meio de um procedimento previsto em lei, ao passo que a perspectiva material diz para com um instrumento adequado para efetivação e aplicação da norma inserida no artigo 5º, LIV, da Carta Magna (2011, p. 66).

Dada sua relevância, o princípio ora analisado desdobra-se, como anteriormente dito, em inúmeros outros, dentre os quais não é possível deixar de mencionar o contraditório e a ampla defesa, que possibilitam a defesa plena e válida de todos aqueles que se veem litigando num processo judicial.

O contraditório, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, Constituição da Republica Federativa do Brasil, 2012), traduz a determinação, conforme ensinamentos de Fernando Tourinho Filho, de que “todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou dar-lhe versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*” (2011, p. 63), ou seja, representa a possibilidade de que as partes ofereçam seus argumentos no processo penal, sempre em conformidade com a legislação vigente, assegurando, portanto, a ampla defesa e a igualdade entre os litigantes num processo.

Ao tratar de princípios inerentes à jurisdição, não se pode deixar de mencionar a figura do juiz natural, que, combinada com as demais garantias acima mencionadas, assegura o desenvolvimento válido e regular do processo, especialmente o penal.

Em primeiro lugar, impera referir que diante da relevância desta garantia, diversos dispositivos legais, pátrios e internacionais, a inseriram em seus textos legais, visando assegurá-la. A Constituição Federal a inseriu em seu artigo 5º, incisos LIII e XXXVII (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 2012), ao passo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ainda no ano de 1948, a introduziu no artigo X de seu texto (ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 2012) e, por fim, o Pacto de San José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto n. 678/1992, a estatuiu no artigo 8º, item “1” (BRASIL, Decreto n. 678, 2012).

Uma vez esclarecidos seus fundamentos legais, para que se compreenda o princípio do juiz natural, não se pode perder de vista que a Constituição Federal determinou diversas regras para definição das competências a serem observadas pelo legislador ordinário. Dentre tais normas, destaca-se a demarcação da jurisdição de cada órgão, o que garante às pessoas um julgamento por determinados órgãos pré-determinados na Carta Magna (SOARES, 2005).

A doutrinadora segue referindo que

dentro desta competência, pode o legislador estabelecer normas, a fim de regular a distribuição do poder jurisdicional entre os órgãos que componham uma determinada Justiça, desde que não atribua a um órgão a competência constitucionalmente concedida a outro. (SOARES, 2005)

Ou seja, o juiz natural nada mais é do que o órgão que detém o poder conferido constitucionalmente de julgar os indivíduos de determinado local. Neste sentido, Fernando Tourinho Filho refere que

não basta, assim, que o órgão tenha o seu poder de julgar assentado em fonte constitucional para que se alce ao Juiz natural. É preciso, também, que ele atue dentro do círculo de atribuições que lhe fixou a lei, segundo as prescrições constitucionais. (2011, p. 285)

Complementando a ideia expressada por Fernando Tourinho Filho, entende-se que, em sentido amplo, o princípio do juiz natural pode ser visto como uma tríplice garantia, na medida em que o julgador não pode ser constituído depois do fato que irá analisar já ter

ocorrido, mas, pelo contrário, sua competência deve ser pré-estabelecida na legislação, tampouco poderá o juiz derrogar ou dispor sua competência, aliado à proibição de juízes ou tribunais de exceção (FERRAJOLI, 2006, p. 543).

Tais garantias asseguram, inclusive, a imparcialidade do magistrado, que deve ser vista como pressuposto básico da “própria existência da atividade jurisdicional” (FERNANDES, 2005, p. 131), conforme será abordado com mais minúcia nos próximos pontos deste trabalho.

A principal relação entre o princípio do juiz natural e a jurisdicionalidade reside no fato de que esse é garantia deste, posto que se não houver um juiz natural, a função jurisdicional não poderá se desenvolver. Ada Pellegrini Grinover (1983, p. 11) refere, sabiamente, que “mais do que direito subjetivo da parte e para além do conteúdo individualista dos direitos processuais, o princípio do juiz natural é a garantia da própria jurisdição”.

Nesta senda, pode-se concluir que o princípio do juiz natural mantém estreita ligação com a jurisdição, na medida em que um atua como complemento do outro, ambos contribuindo para o desenvolvimento regular do processo, sendo pressupostos de sua validade.

Em que pese todos os princípios já tratados, ao tratar de jurisdição, não é possível deixar de tecer algumas considerações acerca das ponderações trazidas sobre o tema pelo ilustre doutrinador Aury Lopes Júnior.

O eminente escritor relata algumas situações que podem interferir, em prejuízo às partes, nas garantias atinentes à jurisdicionalidade, tais como a violação da imparcialidade, os vícios decorrentes da figura humana do julgador e as consequências advindas da demora processual.

No que tange à lentidão na prestação jurisdicional, hodiernamente não é possível admiti-la, pois “vivemos numa sociedade regida pelo tempo, em que a velocidade é a alavanca do mundo contemporâneo” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 139), de forma que se busca a rapidez e celeridade em todas as ações praticadas, o que não pode ser diferente no mundo jurídico. Ainda mais no direito penal, em que o decurso do tempo pode tanto criar como acabar com o direito, por meio da prescrição, por exemplo (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 139).

Mesmo que se busque a rapidez na solução dos conflitos existentes, também não se deve, a todo custo, promover uma resolução rápida, mas sem a observância das garantias

constitucionais, deve-se, isto sim, encontrar o equilíbrio entre demora e celeridade desenfreada (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 141).

Nesta senda e em especial no que tange ao processo penal, uma vez que este se encerra numa ou em várias penas, sua perpetuação no tempo, além do necessário, pode converter-se na “principal violação de todas e de cada uma das diversas garantias que o réu possui” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 141).

A jurisdicionalidade é afetada na medida em que, por estar “insculpida na máxima latina do *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 142), a demora na prestação jurisdicional acaba fazendo com que o processo se transforme, para o acusado, em uma tortura social e mesmo psicológica.

Daí porque, em atenção ao respeito à dignidade do acusado, ao interesse coletivo e probatório, além da confiança na capacidade da justiça é que se deve primar pela célere tramitação do processo (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 145).

Inobstante a relevância da celeridade processual como medida garantidora da jurisdicionalidade, não se pode perder de vista que, de igual forma, a figura do juiz merece destaque. Aury Lopes Júnior (2011, p. 121), afirma que é deveras prejudicial ao processo penal a dependência que certos magistrados possuem em relação aos entendimentos de tribunais superiores, pois isto afeta de forma direta sua independência, eivando seus julgamentos de vícios.

E mais, o mesmo doutrinador refere que mais grave do que a situação acima exposta, é a figura do magistrado que atua como “defensor da lei e da ordem”, proferindo suas decisões com parcialidade, transformando “o processo numa encenação inútil, meramente simbólica e sedante, pois desde o início já tem definida a hipótese acusatória como verdadeira (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 123).

Veja-se, portanto, que a garantia da jurisdição e a existência de um juiz não são suficientes para atingir os fins do processo penal em consonância com os direitos fundamentais, é preciso, além disto, que o julgador reúna qualidades mínimas que lhe deem aptidão para desempenhar suas funções como garantidor (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 128).

Neste norte, a principal característica do órgão jurisdicional deve ser a imparcialidade, a qual deverá servir de base para que suas decisões sejam imunes às interferências externas (ABREU, 2005, p. 15), pois é caractere imprescindível para o regular desenvolvimento regular do processo (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 129).

Por fim, veja-se que enquanto a jurisdição deve ser vista como a aplicação da lei em uma hipótese legal sempre em observância plena das normas vigentes, a imparcialidade estipula que “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 e qual é falsa” (FERRAJOLI, 2006, p. 533-534).

Dada a relevância do princípio da imparcialidade para o processo penal, a análise mais apurada do tema será postergada para a oportunidade mais adequada.

1.3 A imparcialidade vista como princípio processual norteador da ação penal e suas principais derivações principiológicas

Embora tênue a linha que distingue o princípio da jurisdicionalidade ao da imparcialidade, é estreme de dúvidas que não se tratam de sinônimos, possuindo cada um peculiaridades inerentes à si, sendo aquelas atinentes ao primeiro já abordadas, ao passo que pende apenas a análise das referentes ao princípio da imparcialidade, o que será feito neste momento.

A importância do princípio da imparcialidade para o processo penal e o elo entre ele e o princípio da jurisdicionalidade é expressa por Paulo Rangel, ao defender que no Brasil adota-se a imparcialidade como um caractere intimamente ligado à atividade jurisdicional e não como mero princípio, dada a sua relevância na busca de julgamentos isentos de qualquer interesse, seja em favor de uma ou de outra parte processual (2008, p. 20).

Neste norte, o princípio da imparcialidade traduz-se como caractere essencial do julgador, “consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar o afastamento necessário para conduzi-lo com isenção” (ALENCAR; TÁVORA, 2011, p. 56). Assim, podemos concluir que este axioma visa firmar o compromisso que o magistrado deve ter com a verdade, em que esteja isento de quaisquer influências sobre suas decisões, conferindo-lhe o poder de exarar suas decisões de forma justa (RANGEL, 2008, p. 20).

Em que pese não haja disposição expressa na Lei maior sobre este princípio, não se pode perder de vista que em seu artigo 5º, § 2º, o legislador constituinte estabeleceu como

exemplificativo o rol de direitos e garantias previsto no artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 2012), não excluindo, nesta senda, quaisquer outros “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados” (MORAES, 2011, p. 355), incluindo nisto aqueles advindos de atos e tratados internacionais que o Brasil faça parte (MORAES, 2011, p. 357).

Assim, plena eficácia tem no território brasileiro as normas trazidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a qual, em seu artigo X (ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 2012), reconheceu a imparcialidade, consoante leciona André Machado Maya (2009, p. 135), “como um direito fundamental de todos os acusados em processo penal”, que diante de sua relevância a Organização das Nações Unidas o resguardou sob seu manto.

Ao tratar-se do presente tema, é condição inefável que se tenha claro a diferenciação entre a *imparcialidade*, a imparcialidade e a neutralidade, para melhor compreensão dos conceitos, princípios e garantias a seguir estudados.

Enquanto a *imparcialidade* diz para com o fato de que o julgador deve deixar de lado qualquer interesse no processo, assumindo uma posição alheia à das partes que atuantes, construindo suas decisões, conforme lição de Maciel Colli (p. 01), a partir de “uma análise fático-jurídica externa à relação entre acusação e defesa”, a imparcialidade representa a atuação de um julgador que profere suas decisões em consonância com a legislação vigente, afastado de um juízo subjetivo (COLLI, p. 01).

Já a neutralidade, consoante entendimento de Maciel Colli (p. 01-02), obedece a normas gerais, aplicáveis a qualquer magistrado em qualquer situação, revelando-se “na figura do juiz enquanto cidadão-social”, visto como agente totalmente isento de valores e ideologias, o que parece ser caractere de difícil visualização prática, pois, conforme lição de Francesco Carnelutti (2010, p. 47), o juiz jamais deixa de ser homem e, por isso, carrega em si todos os dramas e sentimentos inerentes à humanidade, dentre os quais não há lugar para a neutralidade.

Uma vez diferenciada a *imparcialidade* da imparcialidade e esta da neutralidade, não é possível deixar de tratar da posição assumida pelo julgador no âmbito processual, pois “quando se diz que as partes estão perante o juiz para serem julgadas, já subentende que o juiz não é uma delas” (CARNELUTTI, 2010, p. 47), ou seja, não podendo ser o magistrado parte atuante da ação penal, é vedado a ele agir de ofício, o que é tratado por Nestor Távora e

Rosmar Alencar como a inércia jurisdicional, que para agir dependerá de prévia provocação do Poder Judiciário pelas partes (2011, p. 58).

Na medida em que o julgador, situado numa posição supra-partes, atua no processo penal como verdadeiro instrumento da prestação jurisdicional justa e adequada, o legislador ordinário, com o escopo de garantir a independência de suas decisões, lhe investiu de certas prerrogativas, quais sejam, a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade dos subsídios. Tal independência é requisito essencial da imparcialidade, posto que nenhum julgador pode ser realmente imparcial se não estiver livre de coações, influências constrangedoras e ameaças (TOURINHO FILHO, 2011, p. 59).

A Constituição Federal, com o escopo de assegurar a independência e imparcialidade do magistrado, previu em seu artigo 95, incisos I, II e III, três prerrogativas inerentes à magistratura (BRASIL, Constituição da Republica Federativa do Brasil, 2012). Observe-se que tais garantias garantem ao Poder Judiciário a prolação de decisões de forma livre, “sem se abalar com qualquer tipo de pressão que venha dos outros poderes” (LENZA, 2011, p. 645), ou seja, o juiz poderá decidir os processos sob sua jurisdição ausente de temores relacionados a eventuais retaliações, de acordo com as provas coligidas no feito e não conforme o desejo particular das partes ou de quaisquer outras pessoas.

A primeira garantia, conhecida como vitaliciedade, pode ser entendida como a segurança de que o juiz, após dois anos do exercício válido e regular de suas atividades, não perderá seu cargo, senão por sentença judicial transitada em julgado (MIRABETE, 2005, p. 354), inserido, deste modo, o julgador numa posição diversa dos demais servidores públicos, na medida em que para estes a perda do cargo pode se dar por mero procedimento administrativo (LENZA, 2011, p. 648).

Em que pese esta vantagem sob os demais funcionários públicos, não se pode olvidar que, embora a nomenclatura deste benefício – vitaliciedade – cause a impressão de que o cargo é perpétuo, o legislador entendeu que “ela não impede o afastamento do cargo, pela aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade ou em caso de invalidez comprovada, e pela aposentadoria facultativa” (MIRABETE, 2005, p. 354), sempre preservando seus proventos.

A referida preservação dos vencimentos é outra prerrogativa estabelecida pelo legislador constituinte, o qual estatuiu, no artigo 95, III, da Constituição Federal que os proventos percebidos pelos magistrados são irredutíveis, ainda que se sujeitem aos impostos legais incidentes (MIRABETE, 2005, p. 354) e, também, aos efeitos da inflação sofridos por

todos os habitantes do país (LENZA, 2011, p. 650). A importância desta garantia reflete-se, primordialmente, na preservação da imparcialidade dos magistrados na medida em que, possuindo uma vida econômica estável, será mais difícil que estes sucumbam a pressões externas, trocando decisões por favores de cunho financeiro (AGRA, 2012, p. 562).

E, por fim, têm-se a garantia constitucional da inamovibilidade, segundo a qual o julgador goza de estabilidade territorial, na medida em que pode permanecer, pelo tempo que desejar, no local onde exerce suas funções, ressalvadas as hipóteses legais, tais como, motivo de relevante interesse público e decisões prolatadas pelo CNJ ou pelo tribunal ao qual o magistrado está submetido (MIRABETE, 2005, p. 354).

André Ramos Tavares (2011, p. 1.230) destaca que esta garantia impede que os magistrados venham a ser removidos de um lugar para outro, em razão de interesses políticos e, até mesmo, governamentais, bem como diante de clamores populares, por ser o juiz mais ou menos rigoroso em suas decisões, assegurando, deste modo, a imparcialidade da própria Justiça.

Veja-se que, segundo lição de Louri Barbiero, sob um aspecto geral, a importância destas prerrogativas reside no fato de

ser um dogma inflexível que está na própria essência do Poder Judiciário, que é o Poder de julgar constituído, que não pode nem deve ficar subordinado a injunções de outro Poder, tampouco sujeito a pressões, às perseguições e aos interesses de nenhuma fonte e de qualquer espécie. (2001)

Assim, observe-se que os caracteres como a vitaliciedade, irredutibilidade dos subsídios e inamovibilidade, contribuem de forma incisiva na obtenção de decisões proferidas por juízes imparciais e independentes.

O legislador constituinte, sempre com a intenção de preservar a imparcialidade dos julgadores em prol de seus jurisdicionados, estabeleceu, em um rol taxativo previsto no artigo 95 da Constituição Federal (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 2012), diversas restrições aos direitos destes, tais como o exercício de atividades político-partidárias e em outras atividades que não o magistério, o recebimento de qualquer vantagem oriunda de processos ou mesmo de pessoas físicas e jurídicas, além do exercício da advocacia antes de decorrido o prazo legal.

Deste modo, sempre que o magistrado estiver diante de algum motivo que possa afetar sua imparcialidade, sejam aqueles acima citados, sejam outros que por ventura existirem, dispõe (ele próprio e as partes) de outras ferramentas criadas pelo legislador, que visam coibir decisões parciais, sendo elas as exceções conhecidas no processo penal como a suspeição, o impedimento e a incompatibilidade (TOURINHO FILHO, 2011, p. 59).

Quanto à exceção decorrente da suspeição do magistrado, Fernando Tourinho Filho (2011, p. 445) esclarece que, por ela estar assentada na falta de imparcialidade do juiz, o magistrado que for reputado como suspeito, parcial, sempre na forma das hipóteses legais, deverá ser afastado imediatamente do processo, para preservar os direitos fundamentais já estudados. A arguição deverá ser feita por qualquer pessoa ou, até mesmo, pelo juiz, sempre que se estiver diante das hipóteses permissivas (TOURINHO FILHO, 2011, p. 446).

A incompatibilidade, que em muito se confunde com o impedimento, estabelece, em suma, que certos cargos/funções não podem ser desempenhados de forma simultânea pelo mesmo agente ou no mesmo processo (TOURINHO FILHO, 2011, p. 451-452), como, por exemplo, na hipótese prevista no artigo 253 do Código de Processo Penal (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689, 2012), o qual estabelece que “nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau”, sendo que a violação desta regra implica na decretação de nulidade absoluta do processo (GRECO FILHO, 2010, p. 233).

O impedimento, de igual forma gerará nulidade absoluta, haja vista a gravidade dos fatos que ensejam sua decretação (GRECO FILHO, 2010, p. 233), os quais estão previstos no artigo 252 do Código de Processo Penal vigente (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689, 2012). Os vínculos entre o magistrado e as pessoas ou situações previstas no texto legal são, conforme esclarece Vicente Greco Filho (2010, p. 233), “objetivos e afastam o juiz independentemente de seu ânimo subjetivo”, haja vista que, embora o julgador não esteja, conscientemente, inclinado a prolatar suas decisões em virtude das partes envolvidas no processo que irá julgar, dada a proximidade a grandeza dos vínculos existentes, não pode atuar no feito de modo algum.

Em que pese todas as ponderações feitas até o momento sobre a imparcialidade, suas características, garantias e fundamentos legais, não se pode perder de vista que o juiz, detentor do poder de julgar, situado, conforme explica Francesco Carnelutti (2010, p. 46), “no topo da escada, no seu mais alto degrau”, é a pessoa que irá conhecer e decidir sobre a aplicabilidade das garantias constitucionais aos casos sob sua análise, estando preso tão-somente ao dever de

motivação de suas decisões que, consoante lição de Amilton Bueno de Carvalho (2011, p. 53), é instituto vital e indispensável aos processos judiciais, pois é a partir dela que será possível controlar os atos de poder do magistrado.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 93, inciso IX, sancionou a motivação das decisões judiciais como um dos princípios basilares da atividade jurisdicional, de forma que todos os julgamentos imprimidos pelo Poder Judiciário devem, necessariamente, estarem fundamentados, sob pena de nulidade (SILVA, J. 2004, p. 575), sendo que esta deverá ser declarada em qualquer espécie de ato decisório que afronte a garantia constitucional.

A fundamentação das decisões prolatadas tornou-se um dever dos magistrados pois, como já dito, a Constituição Federal a recepcionou como garantia fundamental, obrigando, por isto, a observância deste preceito por todos os seus órgãos jurisdicionados (JORGE JÚNIOR, 2008, p. 03), preservando o ideal de julgamentos ausentes de interferências externas, passíveis de controle por todos os jurisdicionados.

Conforme leciona Aury Lopes Júnior, a importância da motivação das decisões reside no fato de ser a melhor forma de avaliar se foram observadas todas as regras e garantias processuais durante o julgamento do caso sob análise do magistrado, haja vista que

a motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e a materialidade. (2011, p. 202)

E, mais, a relevância deste preceito constitucional, como preleciona Antônio Fernandes (2005, p. 134), se dá em razão de que a garantia da motivação das decisões judiciais permite que a sociedade verifique se o julgador tem prolatado suas decisões com imparcialidade e conhecimento de causa, tutelando, desta forma, os demais princípios norteadores da jurisdição como um todo.

O dever de motivação, no que tange às suas funções, pode ser visto sob duas perspectivas diversas: a garantia política e a garantia processual. Ariane Trevisan Fiori esclarece que, enquanto a primeira visa limitar a atuação do Judiciário sobre os demais poderes e instituições, a segunda atua como verdadeira forma de proteção dos valores essenciais ao desenvolvimento válido do próprio processo (2003, p. 78).

A motivação vista como garantia política tem sua existência e fundamentação no próprio Estado Democrático de Direito, na medida em que é utilizada como forma de justificar os atos do poder estatal, adquirindo uma conotação ampla, seja como uma espécie de “prestação de contas desse modo de atuar do juiz” (FIORI, 2003, p. 78), seja como um modo de

visualizar se o raciocínio do juiz não restringiu nenhum direito e se aplicou corretamente a lei que o protegia. Neste sentido, o dever de motivação é ainda mais essencial, uma vez que é meio de controle da proteção desses direitos contra abusos do Estado (FIORI, 2003, p. 81).

Inobstante essa dupla-faceta da motivação como garantia política, que assegura um efetivo controle da aplicabilidade ou supressão dos direitos fundamentais pelos magistrados, a fundamentação das decisões tida como garantia processual, atua, muito mais, como garantidora da apreciação de todas as questões inseridas no processo pelo magistrado e, principalmente, como forma de concretizar a independência e a imparcialidade do juiz (FIORI, 2003, p. 81-82).

Deste modo, muito mais do que mera garantia política, a motivação das decisões é garantia processual “que assegura a ampla transparência no exercício do poder jurisdicional” (HARTMANN, p.133), de modo que as partes, ao obter acesso às decisões exaradas, podem exercer o direito de impugná-las, sempre que estiverem em desconformidade com o processo.

No tocante ao controle das decisões judiciais prolatadas pelas partes, Luigi Ferrajoli (2006, p. 573-574) destaca que isto pode ser de direito, quando há clara violação à lei ou defeito em sua interpretação, ou de fato, nas hipóteses em que as provas carreadas aos autos são insuficientes ou então quando não há nexo de causalidade entre o conjunto probatório e a decisão exarada, ambas passíveis de ataque pelas partes do processo.

Pois, na medida em que as decisões judiciais não podem ser desvinculadas do subjetivismo do magistrado, haja vista que não lhe é possível decidir racionalmente sem as influências do sentimento e da emoção (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 204), o dever de motivação surge como uma espécie de limitador de tal subjetividade, de modo que, para ser válida e atingir seus fins, esta deve ser clara, coerente e completa (FERNANDES, 2005, p. 138), pois, caso contrário, acabará por gerar a nulidade do ato praticado.

Neste contexto, Ariane Trevisan Fiori (2003, p. 85-86) esclarece que os vícios mais comuns são a inexistência de motivação, seja absolutamente ou implicitamente, a incompatibilidade entre as premissas e a conclusão do magistrado e, também, a falta de nexo entre as provas carreadas nos autos e a decisão do julgador.

Ressalta-se que não se pretende, neste momento, avaliar com maior riqueza de detalhes o processo de formação das decisões do magistrado, o que será adiante abordado, imperando, por hora, que se tenha em mente que a fundamentação das decisões é o verdadeiro reflexo de todo o *sentire* utilizado pelo julgador para apresentar às partes e à sociedade uma solução para o caso sob sua análise, estando, em função da publicidade de seus atos decisórios, condicionado às objeções dos litigantes às suas razões, sempre que eivadas de vícios (JORGE JÚNIOR, 2008, p. 06).

A publicidade, garantida constitucionalmente nos artigos 5º, inciso LX e 93, inciso IX da Carta Magna, assume uma dupla função, pois, segundo lição de Alexandre de Moraes,

ao mesmo tempo em que pretende garantir mais um instrumental no sentido de transparência e fiscalização popular na atuação dos órgãos exercentes das funções estatais, também complementa os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, garantindo ao acusado plena ciência dos fatos pelos quais está sendo acusado e de todo o desenrolar do procedimento. (2011, p. 322)

Assim, na medida em que conferiu a publicidade do processo como garantia constitucional, o legislador possibilitou a inspeção, seja pelas partes envolvidas, seja da coletividade como um todo, da observância, ou não, de todas as demais normas processuais e direitos fundamentais no momento da prolação das decisões.

Embora em regra este princípio vigore de modo absoluto, autorizando o conhecimento do processo a todos os interessados, nos casos expressamente previstos na segunda parte do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, a lei poderá obstar a presença de pessoas, que não as partes e seus advogados, a determinados atos praticados, com o escopo de preservar o direito a intimidade dos envolvidos (JORGE JÚNIOR, 2006, p. 07).

Inobstante a imparcialidade do magistrado possa ser assegurada com a motivação de suas decisões e respectiva publicidade, o legislador constituinte, com o escopo de alcançar ainda mais segurança ao princípio em epígrafe, constitucionalizou a proibição de utilização

das provas ilícitas no processo, a qual será estudada com mais veemência no próximo capítulo.

1.4 Os sistemas processuais penais sob o enfoque constitucional

Os princípios e garantias acima explicitados adquirem maior visibilidade quando inseridos num processo, cuja temática que o envolve vem sendo evidenciada nos últimos tempos, tornando-se, inclusive, assunto central de grandes embates jurídicos. Dada a importância conferida ao tema, buscaremos, após uma breve conceituação teórica do tema, demonstrar ao leitor a noção de sistemas processuais penais no âmbito pátrio, bem como suas consequências quando analisado frente aos princípios constitucionais.

É possível conceituar processo, com base nas lições de Rosmar Alencar e Nestor Távora (p. 36), como sendo uma forma de efetivar o direito penal material, fornecendo meios de torná-lo palpável, mediante a aplicação (ou não) da pena. Desta forma, impera que se definam a importância, conceito e características dos sistemas hábeis a tornar possível a efetivação deste instrumento.

Jacinto Coutinho (1998, p. 165) afirma que “para a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais”, haja vista sua patente importância.

Os sistemas processuais penais podem ser vistos como reflexos das atuações do direito processual em consonância com as exigências do direito material, modificáveis de acordo com a realidade dos períodos temporais vivenciados (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 57), de forma que, ao longo de toda a história mundial utilizaram-se distintas sistemáticas para atender às necessidades estatais e normativas de cada época.

Neste sentido é a lição de Paulo Rangel:

Os sistemas processuais (...) são frutos do período político de cada época, pois, à medida que o estado se aproxima do autoritarismo, diminuem as garantias do acusado. Porém, à medida que se aproxima do Estado Democrático de Direito, as garantias constitucionais são-lhe entregues. (2008, p. 51)

Se considerarmos os sistemas representações das ideologias estatais, dois grandes representantes desta categoria adquiriram relevância ao longo dos tempos, sendo hora um creditado como ideal, hora outro, até mesmo criando-se (ou tentando criar) uma junção de ambos (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 58). Tais sistemas são nomeados pela doutrina como o acusatório, o inquisitório e o misto, os quais serão analisados oportunamente.

Gilberto Thums (2003, p. 89) esclarece que os sistemas penais podem ser diferenciados pela existência ou não de elementos em sua composição como a ampla defesa, o contraditório, a necessidade de motivação das decisões judiciais, o respeito à dignidade da pessoa humana, a limitação à produção de provas de ofício pelo magistrado, dentre outros.

Uma vez que são estes elementos que caracterizam, em maior ou menor grau, o sistema processual adotado em determinado país, Aury Lopes Júnior esclarece que

pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que mais respeitam a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais. (2011, p. 58)

Neste sentido, veja-se que, se ausentes características como o contraditório e a ampla defesa, o sistema estará eivado de profundos traços de inquisitorialidade, ao passo que se houver plena observância aos princípios anteriormente analisados, prevalecerão os traços do sistema acusatório.

Historicamente, verifica-se que o sistema acusatório originou-se no direito grego, onde havia a participação direta da população nas questões afetas à acusação e julgamento dos fatos praticados, sendo que para os delitos considerados graves a acusação era pública e para aqueles crimes de menor potencial ofensivo, a denúncia era privada (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 58-59). Durante a Idade Média, o sistema acusatório decaiu, dando espaço para o modelo inquisitório até meados do século XVIII, oportunidade em que houve a retomada do primeiro sistema pela sociedade (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 60).

Na primeira fase do sistema acusatório grego, admitiam-se duas possibilidades de aplicação, a *cognitio* e a *accusatio*. A primeira nada mais é do que uma forma ampla de gerenciamento do processo por parte do julgador, escassa de garantias aos acusados, o que o fez se tornar “uma poderosa arma política na mão dos magistrados” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 59), que, contudo, não obteve êxito, mormente diante das bases jurídicas e históricas existentes na Grécia.

Uma vez considerada insuficiente e inadequada, a população adotou uma nova forma de aplicação do sistema, a *accusatio*, muito semelhante ao atual sistema acusatório (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 59) e reconhecida como verdadeira representante desta categoria por uma enorme gama de doutrinadores modernos.

Neste diapasão, Aury Lopes Júnior (2011, p. 59-60), cita, como principais caracteres da *accusatio*, a atuação passiva dos julgadores, o poder de acusar e julgar situados em pessoas diferentes, a inadmissibilidade de denúncias anônimas, a acusação escrita num procedimento essencialmente oral, o respeito ao contraditório e à defesa, além dos julgamentos serem públicos.

Atualmente, o sistema acusatório caracteriza-se, essencialmente, pela existência do contraditório em meio a suas premissas básicas, o que assegura a igualdade de direitos e deveres entre as partes ao longo do processo, além resguardar a publicidade do processo, que deve ser oral ou escrito e, principalmente, estabelece que as funções de julgar, defender e acusar sejam feitas por pessoas distintas, proibindo que o juiz dê início a qualquer ato da persecução penal (TOURINHO FILHO, 2011, p. 78).

Luigi Ferrajoli (2006, p. 522) destaca que o modelo acusatório prima pela diferenciação entre “os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação”, onde os primeiros, conhecidos como juízes, situam-se numa posição supra-partes, ao passo que os segundos, os verdadeiros sujeitos processuais, atuam no processo de forma enfática, sempre em posição de paridade.

Na atualidade, a ação penal inicia-se por meio da manifestação de um órgão do Estado diverso do juiz, atualmente conhecido como Ministério Público, a fim de garantir a isonomia do julgador (RANGEL, 2008, p.48) e a gestão da prova encontra-se situada, exclusivamente, em poder das partes, cabendo ao juiz decidir o processo de acordo com os dados que são por elas fornecidos (COUTINHO, 1998, p. 166).

Embora num primeiro momento pareça que afastar o poder instrutório das mãos do juiz possa lhe causar dificuldades no momento de prolatar suas decisões quando as provas apresentadas pelas partes forem insuficientes, este afastamento assegura a “imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 61).

Segundo Luigi Ferrajoli (2006, p. 519-520), o sistema acusatório é aquele em que se verifica a presença de um julgador passivo, rigorosamente separado das partes e um julgamento iniciado pela acusação, a quem compete o ônus da prova, seguido pela manifestação da defesa, assegurado o contraditório, ambas em posição de igualdade, e, por fim, solucionado pelo juiz, de acordo com sua livre convicção.

Neste norte, o modelo acusatório obriga, ainda que tacitamente, o Estado a “criar e manter uma estrutura capaz de proporcionar o mesmo grau de representação processual às pessoas que não têm condições de suportar os elevados honorários de um bom advogado” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 62), impondo o atendimento dos preceitos do princípio da paridade de armas.

Deste sistema decorre a obrigação de que as partes estejam inseridas no mesmo patamar, de forma que o réu, geralmente detentor do menor poder aquisitivo, tenha assegurado todos os direitos e garantias a que faz jus.

Neste sentido a lição de José Fyschinger:

Assim, a Constituição afirma ao juiz criminal o poder de condução da demanda, como organismo suprapartes, mas também o dever de assegurar ao acusado sua condição de parte mais débil e, portanto, mais dependente da irrestrita observância de regras que definam um processo em última análise justo. (2007, p. 162)

É estreme de dúvidas que sistema acusatório é o mais adequado à sociedade em que estamos inseridos, seja porque está em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e todos os demais dele decorrentes, seja porque garante a todas as partes envolvidas no processo um julgamento imparcial.

De outro lado, o sistema inquisitório, que é a antítese do acusatório, surgiu de modo incisivo na Idade Média, em Roma, eixo central do direito canônico (TOURINHO FILHO, 2011, p. 79). Este modelo ganhou força logo após a decadência do sistema acusatório privado,

sob o argumento de que a defesa social não poderia ficar a cargo dos particulares, mas sim sob os cuidados do Estado (RANGEL, 2008, p. 45-46).

Os primeiros usos desta sistemática se deram na Roma imperial, quando havia a instauração de procedimentos de ofício para apuração dos crimes *laese majestatis*, em especial aqueles relacionados à subversão e à conspiração, pois acreditava-se que a parte ofendida era o próprio Estado, o que legitimava o procedimento secreto (FERRAJOLI, 2006, p. 520).

Na Idade Média este modelo ganhou novas forças, pois tornou-se instrumento necessário para “afastar a repressão criminal dos acusadores privados”, tendo espalhado-se pela Europa, como dito alhures, mediante a influência do direito canônico (MIRABETE, 2005, p. 43), o que perdurou até o final do século XVIII, quando a Revolução Francesa e seus novos ideais tomaram o lugar ocupado pelo inquisitorialismo (LOPES JÚNIOR, 2011, p.67).

Como dito acima, este sistema processual ganhou destaque com a ascensão da igreja católica na Idade Média, cuja premissa básica era a intolerância advinda da verdade incontestável de que a humanidade foi criada por Deus e de que os membros máximos da Igreja eram os grandes intérpretes da vontade divina (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 64). Isto só fez com que a lógica inquisitorial fosse sedimentada busca pela verdade absoluta, cuja maior ameaça era a heresia, a qual ameaçava as balizas fundamentais do sistema, razão pela qual, segundo explica Aury Lopes Júnior (2011, p. 65), havia autorização para “o ‘combate a qualquer custo’ da heresia e do herege, legitimando até mesmo a tortura e a crueldade nela empregada” por parte da Igreja, representada por seus prepostos.

Deste modo, para atingir a verdade processual, a gestão da prova concentrava-se nas mãos do juiz, que assumia a verdadeira função de inquisidor, investigando, dirigindo, acusando e julgando os crimes que chegavam até ele (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 63). Esta situação deixa clara que as decisões exaradas eram, num primeiro momento, tomadas internamente, de modo que, numa segunda oportunidade, o juiz-inquisidor partia para a colheita da prova que melhor aprazia suas convicções.

Uma vez que vigia, à época, o sistema das provas tarifadas, em que a confissão era a prova máxima, suficiente para ensejar uma condenação (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 67), admitia-se o uso da tortura como meio legítimo para obtenção da malfadada confissão.

O interrogatório do acusado, por ser o principal método para a obtenção da confissão, era revestido de uma tecnicidade formal, em que, quanto aos métodos de tortura, Aury Lopes Júnior esclarece que

existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como “suficientemente” torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas. (2011, p. 67)

Inobstante a ausência completa de respeito à dignidade do acusado, como acima demonstrado, quanto ao seu direito de defesa, Aury Lopes Júnior esclarece que a única função do advogado no processo era fazer com que o réu confessasse e se arrependesse do fato no menor interregno de tempo possível, para que rapidamente fosse a ele aplicada a penalidade competente e iniciado o seu cumprimento (2011, p. 67).

Veja-se que diante de situações como as acima narradas, torna-se estreme de dúvidas que o acusado era tido como mero objeto do processo e não como sujeito de direitos (TOURINHO FILHO, 2011, p. 79)!

Assim, verifica-se que o sistema inquisitivo caracteriza-se pela inexistência de contraditório ou direito de defesa, estando concentrados nas mãos de uma única pessoa – o juiz – os atos de julgar, defender e acusar (ALENCAR; TÁVORA, 2011, P. 41), sendo ele quem inicia a persecução penal, coletando as provas, inclusive por meio da tortura, e, ao final, proferindo a decisão (TOURINHO FILHO, 2011, p. 79). Tal modo de proceder deixa transparecer que o modelo inquisitório “tende a privilegiar estruturas jurídicas burocratizadas e procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz” (FERRAJOLI, 2006, p. 520), o que hodiernamente não é mais admitido, mormente diante das previsões constitucionais atinentes ao tema.

Ademais, observe-se que, enquanto na Idade Média o sistema inquisitivo era considerado um instrumento de controle social (MARTELETO FILHO, 2009, p. 199), atualmente é visto, por seus defensores, como uma forma de efetivar a prestação jurisdicional, dando celeridade ao processo criminal (TÁVORA, 2011, p. 42). Ressalta-se que a defesa

deste modelo processual é praticamente inexistente, haja vista as inúmeras afrontas aos princípios constitucionais em suas formalidades.

Inobstante a existência dos tipos processuais acima listados, alguns doutrinadores acrescentam, ainda, um terceiro sistema processual, denominado misto ou acusatório formal. Paulo Rangel (2008, p. 50) explica que o sistema misto tem base no sistema acusatório privado de Roma e, também, do sistema inquisitório desenvolvido a partir do direito canônico, sendo que se destacou como tal no século XIX, “com o *Code d’Instruction Criminelle*, de 1808, na época de Napoleão, espalhando-se pela Europa Continental” (MIRABETE, 2005, p. 44).

Rosmar Alencar e Nestor Távora (2011, p. 43) destacam que este sistema é caracterizado por possuir uma fase de instrução preliminar, eivada de traços inquisitivos, onde se desenvolve de forma secreta e escrita, a cargo do juiz, para a colheita de provas e por uma fase contraditória ou judicial, onde se admite o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Neste norte, é possível verificar que este tipo processual apresenta características próprias do sistema acusatório e do inquisitório em suas etapas, haja vista que, enquanto num primeiro momento, na fase preliminar da investigação, conduzida por um magistrado e pela polícia, são praticados todos os atos necessários para a formação de um juízo que autorize eventual acusação, em que o acusado é visto como mero objeto da investigação, não lhe sendo assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa, predominando, portanto, o caráter inquisidor, numa segunda etapa, na fase judicial, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, onde há plena igualdade de direitos entre acusação e defesa, o réu é “sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal”, evidenciando, assim, o estilo inquisitório do sistema (RANGEL, 2008, p. 50-51).

O sistema misto traduz-se, conforme leciona Charles Martins, Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, como uma forma de

estabelecer uma solução intermediária entre os sistemas inquisitivo e acusatório, mediante a junção da eficácia inquisitiva na apuração dos delitos e o modelo acusatório, percebido pelos iluministas como mais compatível com a defesa dos direitos humanos. (p. 04)

Ao contrário do que preleciona o ilustre representante do Ministério Público, Aury Lopes Júnior, na esteira do entendimento de Jacinto Coutinho, frisa que a mistura destes dois procedimentos é medida irracional, pois, “(se tal sistema) serviu a Napoleão, um tirano; serve para qualquer senhor; (obviamente) não serve à democracia” (2011, p. 71).

Nesta esteira, Aury Lopes Júnior segue suas críticas, salientando que o traço característico de todos os sistemas reside na gestão da prova e não somente na distinção entre as funções de investigar, acusar e julgar (2011, p. 74), haja vista que, considerando que o processo penal busca reconstituir um fato histórico, o modo pelo qual se realiza a instrução é o que determina a sistemática adotada (COUTINHO, 1998, p. 165)

Assim, reprisando o já dito, verifica-se que o sistema inquisitório tem como caractere a concentração das provas nas mãos do julgador, ao passo que o sistema acusatório condiciona a gestão da prova a cargo das partes, permanecendo o magistrado inerte, decidindo com base naquilo que for por elas apresentado (COUTINHO, 1998, p. 165-166).

No tocante ao terceiro sistema, Jacinto Coutinho (1998, p. 167) esclarece que “ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro”, de forma que ambas as situações não podem estar inseridas num único modelo processual, pois, os sistemas são pautados por princípios unificadores distintos, totalmente antagônicos entre si.

Em relação à sistemática processual adotada pelo Brasil, verifica-se que a Constituição Federal elegeu, ainda que não expressamente, o sistema acusatório, pois, como leciona José Fyschinger (2007, p. 156-160), sua matiz democrática voltada à proteção dos direitos individuais é a maior demonstração da eleição do modelo acusatório como coordenador do processo penal.

Embora tal previsão legal, a doutrina é uníssona em afirmar que o processo penal não é conduzido inteiramente sob as premissas do sistema acusatório. Nesta senda, Fernando Tourinho Filho (2011, p. 79) muito bem esclarece que no direito brasileiro o sistema adotado é o acusatório impregnado com traços de inquisitivo.

Em que pese deva ser calcado sob os princípios constitucionais, o processo penal contém inúmeros traços inquisitórios. Veja-se, por exemplo, que o inquérito policial, regido pela inquisitorialidade, na medida em que trata o investigado como simples objeto da investigação, sem acesso ao contraditório e à ampla defesa, integra os autos do processo,

fazendo com que o julgador, muitas vezes reporte-se aos fatos lá apurados, inclusive quando da prolação de suas decisões (RANGEL, 2008, p. 51-52).

Ademais, nas situações em que são atribuídos ao julgador poderes instrutórios, como o fazem alguns artigos do Código de Processo Penal vigente, tornam claro o caráter eminentemente inquisitório do sistema, que representam, conforme explica Aury Lopes Júnior (2011, p. 75), uma verdadeira quebra da principal garantia da jurisdição: a imparcialidade.

José Fyschinger (2007, p. 191), sabiamente conclui que “o juiz criminal previsto na lei é, em grande parte, incompatível com o juiz criminal constitucional”, de modo que todas estas afrontas ao sistema processual eleito pela Carta Magna ocasionados pelos matizes inquisitoriais devem ser considerados inconstitucionais (LOPES JÚNIOR, 2011, p.78), pois, afetam significativamente os direitos fundamentais consagrados, em evidente prejuízo à todos os que, por alguma razão, são submetidos a um processo penal.

Finalmente, observe-se que as considerações acima tecidas, na medida em que auxiliam para um delineamento do processo penal, são essenciais para a compreensão da sistemática adotada quanto à coleta de provas, que, correlacionada às atividades do julgador, poderão, em maior ou menor grau, ofender ou resguardar os princípios constitucionais já citados.

2 AS PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL: UTILIZAÇÃO E CONSEQUÊNCIA

No presente capítulo trataremos, num primeiro momento, acerca da matéria probatória no processo penal de forma genérica, abordando questões como conceito, evolução, finalidade, objeto, direito e meios de prova, além do *onus probandi*. Ainda, serão mencionados alguns aspectos relativos aos sistemas de valoração das provas e da problemática existente em torno do conceito de verdade no âmbito processual penal.

Em seguida, partindo-se dos delineamentos teóricos básicos relacionados à prova no processo penal, discorreremos sobre as provas ilícitas e ilegítimas como forma de limitação à atividade probatória das partes, diante das previsões constitucionais atinentes. Posteriormente, serão arroladas as hipóteses de inadmissibilidade, absoluta e relativa, desta categoria probatória.

Por fim, trataremos especificamente sobre as provas ilícitas no processo penal, que, diante do princípio da proporcionalidade, desmembram-se em provas ilícitas favoráveis ao réu ou à sociedade. Nesta senda, abordaremos a constitucionalidade da relativização desta espécie probatória, mormente diante das garantias asseguradas ao réu, em especial pelos princípios da imparcialidade e do devido processo legal.

2.1 Direito à prova no processo: obtenção, produção e *onus probandi*

O processo, sendo o instrumento pelo qual o Estado-juiz aplica sua jurisdição, traduz-se numa reconstituição dos fatos em busca de uma verdade, que corresponde àquela oferecida ao julgador a partir dos elementos trazidos ao processo pelas partes, para que ao final seja proferida uma decisão. Estes subsídios fornecidos ao magistrado são denominados como prova.

Neste sentir, partindo-se do pressuposto que o processo penal tem um fim retroativo em que, utilizando-se das provas, as partes envolvidas na lide criam “condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente desse

fato legitimará o poder contido na sentença” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 520), é possível vislumbrar a importância deste instituto para toda a arquitetura processual penal.

Neste norte, não se pode perder de vista que o juiz, ao conduzir o processo com vistas à reconstrução de fatos passados, atua de modo semelhante ao historiador, distinguindo-se deste na medida em que “atua em função e no interesse de toda a sociedade, a quem deve prestar contas, para que sejam reconhecidas como válidas as conclusões do procedimento probatório” (GOMES FILHO, 1997, p. 18).

Os fatos apresentados pelas partes para convencer o juiz de suas teses ou aqueles utilizados por este para fundamentar suas decisões, são pequenos segmentos “de um caminho percorrido, cujo percurso, uma vez que é passado, já não pode ser refeito” (CARNELUTTI, 2010, p. 65), que irão auxiliar o magistrado, de modo contundente, a reconstruir o passado para então decidir o futuro do sujeito cujos supostos atos estão sob sua análise (CARNELUTTI, 2010, p. 68).

Em que pese a existência de inúmeras semelhanças entre os conceitos de fatos/indícios e provas, Luigi Ferrajoli (2006, p. 125-126) defende que ambos são institutos diferentes, na medida em que prova é “o fato probatório experimentado no presente, do qual se infere o delito ou outro fato do passado”, como por exemplo, o depoimento de uma testemunha presencial do fato criminoso, ao passo que indício é “o fato provado do passado, do qual se infere o delito ou outro fato do passado que, por sua vez, tenha o valor de um indício”, como é o caso de uma testemunha que vislumbrou o agente portando o instrumento do crime momentos antes de encontrar a vítima.

Ademais, Nicola Malatesta esclarece que “a prova, em geral, é (...) a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas determinações especiais de credibilidade, de probabilidade e de certeza” (1927, p. 81), indicando, desta forma, que independentemente de qual categoria as provas enquadrarem-se, os elementos citados serão essenciais quando da avaliação do conjunto probatório apresentado pelo magistrado.

Por seu turno, Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 41-42) defende que o conceito do termo prova pode assumir três faces diferentes, podendo representar um conglomerado de atividades desenvolvidas pelas partes e pelo magistrado na reconstituição de eventos pretéritos ou os meios pelos quais as informações sobre estes fatos são inseridos no processo ou, ainda, o resultado da ação constante no verbo provar.

Do mesmo modo, Ada Grinover et. al. (2004, p. 141-142), defende que a conceituação do referido termo apresenta vasta gama de modelos de interpretação, não sendo possível simplificá-la num único conceito. A doutrinadora afirma que provas podem representar o conjunto de atos praticados com o escopo de obter a verdade e convencer o juiz, o resultado da atividade probatória e, também, os usuais meios de prova.

Antônio Magalhães Gomes Filho sintetizando o assunto, aduz que:

os mecanismos probatórios servem à formação do convencimento do juiz e, concomitantemente, cumprem função não menos importante de justificar perante o corpo social a decisão adotada; assim, considerar a prova como a “alma do processo” tanto pode significar a exaltação do seu valor interno – de instrumento pelo qual o juiz se esclarece sobre os fatos -, como a identificação de um elemento vivificador através do qual a atividade processual assimila valores e símbolos vigentes na sociedade, propiciando, em contrapartida, a adesão do grupo ao pronunciamento resultante. (1997, p. 13)

Corroborando o já dito, José Frederico Marques (2000, v. II, p. 330), conclui que “a prova é, assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz, e o meio de que este se serve para averiguar sobre fatos em que as partes fundamentam suas alegações”.

Desta forma, é tangente que a prova, não somente para o processo penal, mas sim para todos os ramos jurídicos, traz consigo e em si considerável importância, pois, como soma de todas as hipóteses acima elencadas, é a partir dela que os fatos, abordados no processo, serão reconstruídos, para, ao fim, permitir que o julgador manifeste seu parecer sobre o caso que está analisando.

Nesse contexto, pode-se entender que o objetivo da prova é, segundo Fernando Tourinho Filho (2011, p. 561), formar a convicção do magistrado que atuará no feito em relação aos elementos imprescindíveis para a prolação de sua decisão, ao passo que o objeto da prova, conforme explica Marques (2000, v. II, p. 331) “é a coisa, fato, acontecimento, circunstância que deva ser demonstrada no processo”.

Cecílio da Fonseca Vieira Ramalho Terceiro (2005), refere que a prova, em caráter geral, é composta por três elementos, quais sejam, objetos, meios e fontes, os quais serão ora analisados.

Quanto ao primeiro aspecto, Rosmar Alencar e Nestor Távora, (2011, p. 359), distinguindo os termos objeto da prova e objeto de prova, esclarecem que, enquanto no primeiro conceito a base são os fatos relevantes para o processo, acerca dos quais o acusado se defenderá, no segundo termo busca-se analisar o que precisa ser provado, em razão de sua relevância (ou não) para o processo.

José Francisco Cagliari conclui que

objeto da prova, portanto, são os fatos. Nem todos, porém. Em primeiro lugar, apenas os fatos pertinentes ao processo é que suscitam o interesse da parte em demonstrá-los. Fatos que não pertencem ao litígio e que relação alguma apresentam com o objeto da acusação, consideram-se fatos sem pertinência, pelo que devem ser excluídos do âmbito da prova em concreto, e ter a sua prova recusada pelo juiz, sob pena de desenvolver-se atividade inútil. (2001, p. 80)

Uma vez delimitados os objetos da atividade probatória, impera que se definam, os meios de provas admitidos no ordenamento jurídico vigente. Conforma assevera Rosmar Alencar e Nestor Távora (2011, p. 361), “os meios de prova são os recursos de percepção da verdade e formação do convencimento”, ou seja, é tudo aquilo que seja útil, direta ou indiretamente, para comprovação dos fatos alegados no processo, estando estes elementos previstos em lei ou não, desde que “moralmente legítimos”, consoante ressalta Paulo Rangel (2008, p. 406).

Entretanto, Edilson Bonfim (2012, p. 360) ressalta que, por serem os meios instrumentos utilizados para atingir a finalidade do processo, deve-se evitar a confusão deste com os sujeitos ou objetos da prova, haja vista que enquanto a testemunha é sujeito será seu depoimento que constituirá o meio de prova. De igual sorte, o local onde o fato ocorreu deve ser visto como objeto de prova, já sua inspeção é o meio de prova, o que reforça, ainda mais, a tese ora aventada.

Na lição de Cecílio Ramalho Terceiro (2005), fontes de prova serão “aqueles fatos que deverão ser conhecidos e percebidos pelo Juiz, pois a fonte nasce ou brota, quando a circunstância ocorre”, ou seja, fontes são os elementos colhidos pelas partes e apresentados ao julgador, para que ao final do processo este profira sua decisão acerca do caso concreto *sob judice*.

Outrossim, em que pese a existência de divergências doutrinárias, as provas podem ser classificadas de acordo com seu objeto, em diretas e indiretas, com seu sujeito, em pessoais ou reais, e com sua forma, em testemunhais, documentais ou materiais, conforme leciona Paulo Rangel (2008, p. 407).

Neste aspecto, Vicente Greco Filho (2010, p. 186) esclarece que provas diretas são aquelas em que a “existência, se comprovada, determina a consequência jurídica pretendida”, ao passo que as indiretas são resultantes de indícios, de fatos secundários ao investigado, mas que fazem alusão, de alguma forma, a circunstância a ser provada. De outro lado, provas pessoais são todas aquelas obtidas por meio de testemunhos e reais são todos objetos ou coisas que passam a pertencer ao processo.

Por sua vez, testemunhais são as provas que, segundo Paulo Rangel (2008, p. 410), são realizadas por meio de afirmações pessoais e orais, ou, excepcionalmente, escritas, enquanto documentais serão aquelas produzidas por meio de declarações escritas ou gravadas e as materiais são as provas que não possuem forma definida, mas que servem como elemento de convicção sobre o fato a ser provado.

Em que pese a notória complicação trazida ao intérprete diante da grande carga de acepções que pairam sobre o conceito de prova, Antônio Gomes Filho (1997, p. 42) esclarece que esta dificuldade é devida ao fato de que “a ideia de prova vem frequentemente associada, numa relação funcional, à de verdade”, a qual também é composta de complexas significações.

É neste mesmo sentido que Aury Lopes Júnior (2011, p. 550) declara que é inevitável, ao abordar-se o tema provas, discorrer acerca das espécies de verdades buscadas no processo, haja vista que, partindo-se do pressuposto de que o processo é “um modo de construção do convencimento do juiz”, todas as situações que afetem a construção deste convencimento são substanciais para o deslinde da questão.

Observe-se que a verdade é tema de constantes embates jurídicos e, muito mais, filosóficos, pois há muito pensadores e cientistas vêm questionando os paradigmas epistemológicos que envolvem esta palavra, que é, para alguns, o principal objetivo do processo penal (THUMS, 2003, p. 90).

É tamanha a complexidade do assunto que o referido autor pontua que

salta aos olhos, diante das limitações do homem, que a verdade histórica, reconhecível é apenas um mito e que a discussão acerca da verdade substancial ou formal é estéril. A própria verdade científica está à espera de uma nova verdade que a destrua. Nesse sentido, a complexidade dos fenômenos físicos e sociais, diante da superação das verdades absolutas pela teoria da relatividade e da física quântica, faz com que desmoronem as vetustas formas de conhecer o mundo, os objetos ou o próprio processo. (2003, p. 95)

Na doutrina jurídica pátria, encontram-se os mais diversos posicionamentos acerca das questões relacionadas à inserção da verdade no processo penal, sendo que existem autores, tais como Julio Fabbrini Mirabete (2005, p. 47) e José Frederico Marques (2000, v. II, p. 352), que defendem, de forma veemente, a vigência de um princípio denominado “princípio da verdade real”, o qual busca afirmar que toda e qualquer atividade judicial no sentido de “descobrir” a verdade dos fatos analisados é válida, em verdadeira alusão ao antigo inquisitorialismo, que como já dito, não é abarcado pela Carta Magna de 1988.

Todavia, existe uma corrente dominada por juristas hodiernos que defende a impossibilidade de atingir, no processo, a verdade que reveste a situação *sob judice*, visto que é impossível que o ser humano reconstrua, com precisão de detalhes, um fato já ido, posto que assim que ele passou, o tempo o extinguiu (THUMS, 2003, p. 96). É sob esta ótica que o presente trabalho será redigido.

Portanto, a verdade juridicamente buscada é, segundo Luigi Ferrajoli (2006, p. 53), “uma verdade *aproximada* a respeito do ideal iluminista da perfeita correspondência” com a situação ocorrida no plano fático, dada a depreciação temporal acima lembrada.

Mais além, Aury Lopes Júnior e Cristina Carla Di Gesu referem que:

no processo acusatório, a “verdade” dos fatos não é elemento fundamental do sistema. O poder do julgador não se legitima pela verdade, tendo em vista que o poder contido na sentença é validado pela versão mais convincente sobre o fato, seja a da acusação ou da defesa. O que importa é o convencimento do julgador. (2007)

Ou seja, defendem os autores que a obtenção da verdade não é a função do processo penal, em que pese possa existir correspondência entre esta e a sentença proferida pelo magistrado, que decidiu com base nos argumentos lançados pelas partes no cerne do processo convergente com os ditames constitucionais e o sistema acusatório.

Em síntese, nas palavras de Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon,

a tormentosa e perene discussão sobre o que é a “verdade” não autoriza no processo penal posições radicais ou totalitárias, que levem a aceitação de “verdades absolutas” ou que neguem a possibilidade de qualquer “verdade”. A possível “verdade processual penal” se dá no devido processo legal mediante a estrita obediência aos direitos e garantias individuais previstos na legislação penal adjetiva e na Constituição Federal. (2011, p. 13)

Deste modo, entende-se que ao contrário de utilizar-se o conceito de verdade, deve-se usar o “conceito de verossimilhança das provas o juízo de probabilidade” (THUMS, 2003, p. 99) ou, ainda como dito pelo autor acima citado, o conceito de verdade processual penal, pois o julgador está constitucionalmente autorizado a extrair das provas acostadas ao feito o maior número de elementos que o façam aproximar-se da verdade e não atingi-la a todo custo.

Assim, em que pese a dissonância doutrinária existente acerca da verdade no processo penal conforme exposto, ao longo deste trabalho assentou-se o entendimento de que, em realidade, é de interesse para o processo penal apenas a verdade processual, consubstanciada na verossimilhança, pois esta respeita ao ditames constitucionais aplicáveis.

Dito isto, entende-se que uma vez apresentados os mais relevantes aspectos da atividade probatória e, superada a problemática atinente à verdade processual em detrimento da verdade real no âmbito processual penal, impera que, em linhas gerais, se definam as diretrizes básicas que envolvem o direito à prova, o qual está inserido na gama de garantias que revestem e fortificam o princípio do devido processo legal e o direito à ação e à defesa das partes inseridas no processo penal (FERNANDES, 2005, p. 76-77).

O direito à prova, especialmente no âmbito penal, é de tamanha relevância que os legisladores internacionais, objetivando a proteção dos acusados, vítimas invariáveis das violações brutais dos direitos básicos, abrigaram sob a tutela de documentos oficiais, explícita e implicitamente, o direito à atividade probatória (GOMES FILHO, 1997, p. 72-73). Citam-se, como exemplos clássicos destas normas protetivas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, datado de 1966 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, firmada em 1969.

Todas estas normatizações visavam, à época de sua elaboração, solidificar o direito à prova como “um dos componentes essenciais e constantes do ‘modelo internacional de processo justo’”, conforme citado por Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 74).

No Brasil, em razão das influências europeias, o sistema processual sempre visou preservar certas garantias às partes, tanto quanto à iniciativa, como ao momento de produção das provas. As principais legislações que historicamente asseguraram estas garantias foram o Código de Processo Criminal do ano de 1832, as Constituições datadas dos anos de 1891, 1934, 1937 e 1967, isto sem se contar o atual Código de Processo Penal e Constituição Federal de 1988.

Observe-se que a Carta Magna de 1988, ao estatuir, em seu artigo 5º, inciso XXXV, o direito à ação de todos aqueles que sentirem-se prejudicados ou ameaçados, não excluiu o direito de defesa e ação do demandado, pois, conforme explica José Francisco Cagliari (2001, p. 83), o réu, simplesmente por situar-se no polo passivo do processo, já sofre uma ameaça a um ou mais direitos que lhe são cabíveis.

Veja-se que, consoante lição de Ada Grinover et. al. (2004, p. 89), o direito à ação previsto na Constituição Federal não limita-se somente no que diz respeito ao acesso dos demandantes aos Tribunais, mas, isto sim, acaba por assegurar, durante toda a tramitação do processo, o conjunto de garantias indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.

É em razão destes fatos que Antônio Gomes Filho (1997, p. 85) ao defender a existência de um direito subjetivo à matéria probante, cujos titulares são as partes integrantes do processo, preocupa-se em revelar que a prova deve ser uma “atividade aberta à iniciativa, participação e controle dos interessados no provimento jurisdicional”.

Em tratando-se das exigências atinentes ao direito à prova, Antônio Scarance Fernandes (2005, p. 78-79), afirma, em suma, que o direito à prova engloba o direito de postular a produção de determinado ato probatório, o direito de ver o magistrado atuando na determinação de produção de alguma prova, o direito de realização da prova, o direito de participar de sua produção e de que esta seja feita segundo as normas do contraditório, o direito de manifestar-se acerca das provas realizadas e, por fim, o direito de que a prova produzida venha a ser objeto de apreciação e valoração pelo juiz, no momento de prolatar a decisão.

Outro aspecto relevante abordado pelos doutrinadores reside na necessidade de presença das partes e do magistrado no momento da produção das provas. Neste sentir, José

Cagliari (2001, p. 86) aduz que é condição essencial de validade, a presença do juiz durante a produção das provas, visto que este não poderá valer-se, “para a formação de seu convencimento, exclusivamente de provas que hajam sido produzidas em procedimentos prévios, de cunho administrativo, sem a garantia do contraditório”. No tocante à presença imperativa das partes, o mesmo doutrinador sintetiza que as partes possuem o direito de assistir a produção das provas, intervindo em sua elaboração e, até mesmo, contrariando-a.

É nesta senda que Flávio Cardinelle Garcia, refere que o direito à prova

trata-se de um direito subjetivo público das partes levar ao juízo suas postulações a ser-lhes proporcionada a possibilidade de, no desenvolver da causa, demonstrar a veracidade de suas afirmações. Como foi visto, ao juiz incumbe o importante papel de proferir uma decisão justa, coerentemente esmerada no material probatório produzido pelo autor e pelo réu durante o processo. Neste mister, deve o órgão jurisdicional garantir as partes plena e efetiva participação na produção de provas, sem o que se estaria afrontando o constitucionalmente assegurado princípio do contraditório e, por conseguinte, o devido processo legal. (2009)

Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 88-89), ressalva, contudo, “que correlato ao direito à prova, existe um direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes”, assunto que será abordado com mais ênfase posteriormente.

Neste momento, partindo-se das considerações acima lançadas, em especial no que diz respeito à principiologia constitucional, impera seja esclarecido que, intimamente ligado ao direito à prova já mensurado, localizam-se os princípios relacionados à atividade probante, os quais podem ser enumerados, em suma, como a garantia da jurisdição, a presunção de inocência e o contraditório, senão vejamos.

A garantia da jurisdição é fundamental quando da análise das provas na medida em que é direito do acusado ser julgado com base em provas produzidas no cerne do processo, com todas as garantias a que faz jus (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 528). Neste aspecto, podem ser consideradas provas processuais, ou atos de prova, como nomeia Aury Lopes Júnior, todas aquelas situações dirigidas “a convencer o juiz de uma afirmação”, praticadas diante do magistrado que proferirá a decisão final do processo, em fiel observância aos princípios da publicidade, contradição e imediação, pois tais atos estão a serviço do processo (2011, p. 528).

Destarte, concluí-se que a jurisdição é o princípio que determina que somente poderão constituir a fundamentação da decisão do julgador aqueles praticados em observância às regras do devido processo legal (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 529).

Por seu turno, a presunção de inocência em seu caráter principiológico, uma vez atrelado à atividade probatória, mostra-se relevante na medida em que, conforme esclarece Aury Lopes Júnior (2011, p. 530-531), “a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada”.

É neste mesmo sentido que Luigi Ferrajoli (2006, p. 148) defende que à defesa cabe o direito e, frisa-se, não a obrigação, de contra-atacar as hipóteses e provas apresentadas pelo órgão acusador, cabendo ao magistrado, revestido da imparcialidade que lhe é devida, analisar as proposições apresentadas, decidindo, ao final, por uma delas.

E, quanto ao princípio do contraditório, Aury Lopes Júnior leciona que

o juiz deve dar ‘ouvida’ a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido. Considerando o que dissemos acerca do ‘processo como jogo’, das chances e estratégias que as partes podem lançar mão (legitimamente) no processo, o sistema exige apenas que seja dada a ‘oportunidade de fala’. Ou seja, o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade, até porque pode lançar mão do *nemo tenetur se detegere*. (2011, p. 537)

Ada Grinover et. al. (2004, p. 144), asseveram que a exigência do contraditório, nesta situação, é razão essencial para justificar a proibição do uso de fatos, introduzidos no processo pelo magistrado que não tenham passado pelo crivo das partes e, mais, para autorizar a vedação do uso de materiais probatórios que não tenham sido formados no interior do processo ou na presença das partes.

Assim, pode-se concluir que o contraditório, em matéria probatória, é uma garantia que visa coibir o uso das provas constantes do processo penal, quando da prolação da decisão do magistrado, de forma abusiva e em desrespeito às regras processuais e, até mesmo constitucionais.

Outro aspecto de difícil unanimidade entre os juristas é delimitar a quem cabe o *ônus probandi*, que, conforme Gustavo Badaró (2003, p. 173) é uma posição criada pelo

ordenamento jurídico com vistas a definir certas condutas, para que, ao final, seja possível obter um resultado favorável a sua pretensão, ou seja, busca-se determinar quem deverá provar os fatos e quais as consequências da não comprovação ou de sua insuficiência no processo.

Em que pese alguns autores defendam que o ônus deve ser sopesado entre a acusação e a defesa, entende-se adequado o posicionamento de Paulo Rangel (2008, p. 443), o qual aduz que, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, incumbe ao órgão acusador a comprovação de que o fato ocorreu e foi praticado pelo réu, em total inversão do ônus probatório.

É neste mesmo sentido que Rosmar Alencar e Nestor Távora (2011, p. 376) referem que, mesmo no caso de inércia da defesa durante toda a instrução processual, o magistrado, ao julgar o feito, deve absolver o acusado se estiver em dúvida quanto à autoria ou materialidade, ocorrendo a integral transferência da responsabilidade probatória à acusação, eis que a dúvida deve militar em prol do réu.

Dito isto, impera que se sejam algumas informações acerca do direito à valoração das provas, o qual é expresso por meio de quatro grandes sistemas, cuja importância se infere a partir da leitura constitucional do princípio da motivação das decisões judiciais, já analisado.

O procedimento probatório atinge seu ápice no momento da avaliação das provas, haja vista que é nesta oportunidade que o julgador, apreciando as provas carreadas aos autos, irá proferir sua decisão. É em relação à importância desta atividade que Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 159) aduz que “somente através da seleção, da crítica, da aceitação ou da rejeição do material produzido será possível extrair-se uma convicção a respeito dos fatos investigados”.

Quanto às formas de avaliação das provas, a doutrina refere, historicamente, a existência de quatro modalidades avaliativas, quais sejam, as ordálias, o sistema da íntima convicção, o sistema das provas legais ou tarifadas e o sistema do livre convencimento ou da persuasão racional. Senão vejamos.

Durante a vigência do sistema de valoração das provas denominado de “ordálias”, que significam “juízos de Deus”, vigia a ideia de que “a Divindade intervinha nos julgamentos e, num passe de mágica, deixava demonstrado se o réu era ou não culpado” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 575). Tais “demonstrações divinas”, quando ocorriam, eram precedidas de horríveis métodos de tortura, consideradas pelos indivíduos como provas de inocência.

Uma vez superado este arcaico modelo de avaliação da prova, sobreveio o sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz, em que o julgador era totalmente livre para tomar suas decisões, com base, ou não, nos elementos constantes no processo, sem que, ao proferir a sentença, precisasse motivar sua decisão (ALENCAR; TÁVORA, 2011, p. 380). Atualmente, este procedimento está previsto no Tribunal do Júri, em que os jurados não precisam justificar seus votos (RANGEL, 2008, p. 446).

Em relação ao meio de valoração conhecido como sistema das provas legais ou tarifado, que precedeu o modelo da íntima convicção, as provas possuíam uma “valoração hierarquizada”, pois cada prova tinha um peso previamente definido em lei, de modo que o juiz estava adstrito a isto (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 542).

O sistema do livre convencimento motivado disponibilizou ao magistrado a possibilidade de avaliar o conjunto probatório coletado nos autos, extraindo da prova sua essência, sem que exista qualquer hierarquia entre elas, devendo, contudo, restringir-se às provas constantes no processo, motivando, sempre, suas decisões (ALENCAR; TÁVORA, 2011, p. 381).

É corrente que no Brasil vige o sistema do livre convencimento motivado, o qual é ferramenta propulsora para o dever de fundamentação das decisões, conforme explica Aury Lopes Júnior (2011, p. 544). Isto se dá porque, segundo entendimento de Antônio Gomes Filho (1997, p. 164), “é a motivação que garante a natureza cognitiva do julgamento penal”, pois “só através da indicação dos motivos da decisão será viável constatar a existência de um nexó entre o convencimento e as provas produzidas”.

Com base nas informações acima lançadas, torna-se notório que a atividade probatória permite às partes utilizarem-se de diversos instrumentos, com o escopo de demonstrar, com base nos fatos colhidos durante a fase instrutória, a verdade processual atinente ao caso, para que o magistrado, sabedor das teses aventadas, decida, ao final, pela mais adequada.

No mesmo tom, superada a falácia da verdade real, é oportuno que afirmar que o direito à prova e a sua busca é limitado, pois, embora o direito das partes à introdução das provas que entendem pertinentes no processo seja assegurado constitucionalmente, como qualquer direito, está submisso a limitações decorrentes da tutela que o ordenamento jurídico confere “a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção” (GOMES FILHO, 1997, p. 91).

Assim, partindo-se do pressuposto de que o direito à prova é, ao mesmo tempo, uma espécie de direito à exclusão de provas contrárias as normas vigentes (GOMES FILHO, 2011, p. 93), entende-se que a atuação do juiz, na atividade de conferir a cada parte o que lhe é devido, encontra limites legais (RANGEL, 2008, p. 411).

Deste modo, a prova será proibida ou vedada sempre que seu uso acarretar a violação da legislação e dos princípios processuais e materiais, pois, por afrontar diretamente matéria normativa, não deve ser admitida no cerne do processo penal (ALENCAR; TÁVORA, 2011, p. 362).

Nesta esteira, as provas vedadas podem ser subclassificadas entre ilícitas e ilegítimas, sendo as primeiras àquelas violadoras das normas de direito material ou de princípios constitucionais penais, ao passo que as segundas são todas as provas que violem normas e princípios constitucionais processuais (ALENCAR; TÁVORA, 2011, p. 363).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LVI, inseriu no rol dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, a vedação da utilização das provas obtidas por meios ilícitos, em real proteção à ação persecutória de Estado (MORAES, 2011, p. 302), assunto este que será abordado com mais ênfase em seguida.

2.2 Provas ilícitas no processo penal: necessárias restrições à atividade probatória

Após uma análise acerca das generalidades da matéria probatória no processo penal, deve-se ressaltar que, frente aos grandes avanços vividos pela humanidade, especialmente no que tange à modernização e conseqüente ampliação das vias de obtenção das provas, surge (ou expande-se) o problema relativo à utilização lícita destes meios que as partes dispõem, haja vista o possível conflito com as garantias constitucionais.

Sem adentrar-se em qual método de aquisição das provas foi escolhido pelas partes envolvidas, o que não se pode é perder de vista que devem abandonadas no processo penal aquelas tidas como ilegais, que, no saber de Antônio Fernandes (2005, p. 90), consistem “em uma violação de qualquer vedação constante no ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido preceito processual”.

Conquanto ainda prevaleça em grande parte da doutrina a separação dos conceitos acima citados, Débora Fiorato et. al. (2009, p. 09-10) defendem que não mais deve utilizar-se este entendimento, haja vista que “sempre que uma norma infraconstitucional for infringida, será violado também o direito constitucional que sustenta esta norma”, seja ele material ou processual.

Em que pese a divergência doutrinária acima apontada, interessa saber, neste trabalho, que provas ilícitas podem ser entendidas como todas aquelas atividades realizadas em clara violação dos preceitos do direito material ou constitucional (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 578).

Isto porque, como dito por Rodrigo Garcia Fonseca (2005, p. 62), as provas ilícitas devem ser vistas como suspeitas e inseguras, haja vista que não são submetidas aos procedimentos convencionados pelos legisladores eleitos pela sociedade, sendo, portanto, temerária sua utilização.

Desta forma, a Constituição Federal estabeleceu a vedação absoluta às provas ilícitas, conforme reza seu artigo 5º, inciso LVI (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 2012). Tal proibição decorre, como ensina Antônio Scarance Fernandes, da premente necessidade de resguardar os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente em detrimento da produção de provas de modo desenfreado e ilícito (2005, p. 91-92).

Sob este prisma Alexandre de Moraes (2011, p. 302), aduz que a inadmissibilidade constitucional das provas ilícitas é proveniente da posição preferencial ocupada pelos direitos humanos na normatização pátria, a qual impede “a violação de uma liberdade pública para a obtenção de qualquer prova”.

Deste modo verifica-se que a vedação às provas ilícitas traduz o pensamento do legislador constituinte, o qual, ao estatuir garantias para o desenvolvimento válido e regular do processo penal, procurou assegurar maior respeito e proteção aos direitos fundamentais.

Antônio Scarance Fernandes, bem sintetiza este posicionamento constitucional, senão vejamos.

Não se pode, em nome da segurança social, compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo, no processo penal, mas também não se pode conceber, em homenagem ao princípio da verdade real, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa, sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade o investigado ou o acusado em seus

direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos. (2005, p. 89)

Outrossim, Rodrigo Fonseca (2005, p. 62) pontua que esta limitação à atividade probatória, além de salvaguardar os direitos fundamentais, é uma forma de garantir a veracidade do conteúdo das provas postas a exame pelo legislador, auxiliando-o a proferir uma decisão em conformidade com os ditames legais.

Se, mesmo diante de tantas alertas relativos à temática, em sobrevindo ao processo um prova ilícita, a principal consequência será a sua inadmissibilidade, que será analisada em seguida. Ademais, também é decorrência da inserção das provas ilícitas no procedimento penal, o seu imediato desentranhamento, conforme preceitua o caput do artigo 157 do Código de Processo Penal vigente (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689, 2012).

Veja-se que, quanto à admissibilidade das provas ilícitas, existem três correntes predominantes na doutrina. A primeira delas, diz para com a admissibilidade total e irrestrita, enquanto que a segunda contém a ideia de inadmissibilidade absoluta. Por fim, a terceira teoria é aquela que admite, parcialmente, a utilização das provas vedadas. Neste tópico abordaremos, em linhas gerais, as duas primeiras teorias mencionadas, ao passo que no próximo item será analisado o fenômeno da relativização desta proibição, tão citado hodiernamente.

Assim, no tocante à teoria da admissibilidade processual das provas ilícitas, Frederico Sousa Barroso (2004, p. 103), revela que este posicionamento, originário do direito inglês, admite as provas ilícitas no processo, em razão de que, diante da crença na separação total entre direito e material e processual, a transgressão das normas de direito material apenas afeta o modo de obtenção da prova e não seu conteúdo, sendo que eventuais exageros cometidos deveriam ser punidos em outro processo.

No Brasil, tal corrente não encontra guarita, visto que, conforme explica Aury Lopes Júnior (2011, p. 579), não é possível conceber um objeto que, diante o modo ilícito com que foi obtido, venha a ser considerado, ao mesmo tempo, mas em procedimentos distintos, o fundamento para a condenação de alguém e meio apto a produzir efeitos no processo penal.

De outro lado, diante da leitura literal do texto constitucional, tem-se que, em terra brasileira, vigora, ainda que com alguma relativização, consoante será melhor abordado posteriormente, aquilo que a doutrina nomeia como teoria da inadmissibilidade das provas

ilícitas, a qual, provém de uma leitura do artigo 5º, LVI, da Carta Magna de 1988 (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 2012).

Aqui a questão possui duas angulações. Para uma primeira vertente doutrinária, o fundamento para a inadmissibilidade das provas ilícitas é a unidade do ordenamento jurídico, de forma que a violação a qualquer norma, independentemente da categoria em que se insira, representa uma infringência a este, diante de sua unidade. Uma segunda corrente defende que a razão substancial para a inadmissibilidade é a inconstitucionalidade das provas ilícitas, ou seja, toda prova que violar os preceitos constitucionais deve ser inadmitida no processo penal (BARROSO, 2004, p. 103-104).

Quanto às críticas, melhor sorte não atinge esta teoria. Aury Lopes Júnior (2011, p. 580) aduz que “a crítica é exatamente em relação à ‘absolutização’ da vedação, num momento em que a ciência (desde a teoria da relatividade) e o próprio direito constitucional negam o caráter absoluto de regras e direitos”, haja vista que, observando-se o critério da razoabilidade, deve-se sopesar o uso das provas ilícitas em situações onde outros direitos fundamentais estão perigo e, talvez, negligenciá-los seja mais prejudicial do que fazer uso das provas proibidas.

Destarte, o legislador reformista de 2008, em total consonância com a teoria acima abordada, previu, no atual artigo 157 do Código de Processo Penal (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689, 2012), o dever de desentranhar-se a prova ilícita inserida no processo para evitar os efeitos que esta possa causar no bom andamento processual, de modo a tornar uma obrigação do magistrado, sempre que detectar a existência de vício no material probatório, retirá-lo do processo e destruí-lo, em procedimento distinto daquele que o originou (ALENCAR; TAVORA, 2011, p. 363).

E, mais, para que não parem dúvidas acerca da abrangência do conceito de provas ilícitas, o legislador reformista de 2008 estabeleceu, na nova redação do artigo mencionado, que além da inadmissibilidade das provas obtidas mediante a violação das normas constitucionais ou legais, não devem fazer parte do processo as derivadas destas, salvo se obtidas por meio de uma fonte independente ou se sua descoberta for inevitável.

Esta inovação legislativa tem origem nos precedentes do direito americano, que inauguraram a teoria dos frutos da árvore envenenada ou, no idioma inglês, *fruit of the poisonous tree*, a qual estabelece, sinteticamente, que é medida imperiosa a proibição de uso de todo e qualquer meio probatório obtido a partir de uma prova ilícita, ainda que este possa

ser considerado lícito, pois, como explica Valéria Goulart (2002, p. 112), “da mesma forma que uma árvore envenenada contamina seus frutos, a prova ilícita contaminaria as provas que dela decorressem”.

Neste sentido, conforme asseveram Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, mesmo

na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo. (2004, p. 162)

Observe-se que essa teoria americana foi citada pela primeira vez quando do julgamento do caso *Silverthorne Lumber Co x United States* na Suprema Corte dos Estados Unidos, oportunidade em que, diante da situação sob análise, os julgadores decidiram que “o Estado não podia intimidar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 571), ou, em outras palavras, entenderam ser incompatível a retirada do processo de todas as provas consideradas ilícitas, mas, ao mesmo tempo, fazer uso do conjunto probatório obtido por meio destas (TEIXEIRA, 2009, p. 268).

Neste aspecto, conforme lição de Ana Paula Furlan Teixeira (2009, p. 168), derivadas são as provas que, inobstante eivadas de licitude, são decorrentes, exclusivamente, de uma prova ilícita, o que as torna contaminadas e, portanto, inutilizáveis para o processo penal. A referida autora esclarece que se a prova obtida comprometer os direitos constitucionais, como, por exemplo, o direito à integridade física, todas as provas obtidas a partir dela estarão contaminadas e, assim, inadmissíveis nos autos do processo.

Exemplos clássicos da derivação das provas ilícitas são aqueles rememorados por Fernando Tourinho Filho (2011, p. 571), como, por exemplo, a apreensão regular do objeto do furto outrora ocultado, após a confissão do suspeito, obtida mediante tortura física, ou, ainda, a apreensão válida de substâncias entorpecentes cuja localização havia sido descoberta mediante a oitiva de escutas telefônicas não autorizadas.

Desta forma, partindo-se do pressuposto de que a exclusão das provas derivadas das ilícitas é a medida adequada nos casos concretos, o magistrado, ao analisar a situação, deve

empregar limites à contaminação, identificando, como bem observa Nestor Távora e Rosmar Alencar (2011, p. 366), “a extensão do dano, que está ligado ao grau de vínculo existente entre a prova antecedente e a consequente”, de forma que, uma vez afastado o elo de ligação entre ambas, inexistente será a ilicitude e plenamente válido será o seu uso no processo penal.

Em que pese notória a necessidade de averiguação da existência do nexos causal entre as provas originárias e derivadas, Aury Lopes Júnior (2011, p. 586) pondera que, nos tribunais brasileiros, a questão é tratada com muita timidez, de forma que tem se admitido o uso das provas derivadas, ainda que contaminadas, sob o argumento de que a relação de causa e efeito ou nexos causal, não está claramente demonstrado no processo.

Tem-se que este posicionamento jurisprudencial é deveras perigoso, pois, se não observada atentamente a existência de nexos causal entre as provas ilícitas e as derivadas, por menores que sejam as evidências de ligação entre ambas, pode-se incorrer na aceitação e consequente introdução de provas ilícitas no processo penal, contrariando, deste modo, o texto constitucional, ensejando a nulidade do feito.

Neste sentido, entendendo-se adequada o posicionamento expresso por Aury Lopes Júnior (2011, p. 591), o qual pontua que apenas se houver a prova inequívoca da independência entre as provas originárias e derivadas, é que será possível manter as provas subsequentes no processo penal. O referido doutrinador segue afirmando que este entendimento manifesta respeito às normas do devido processo legal, o que não é verificado no posicionamento das Cortes brasileiras.

Outrossim, uma vez tendo-se produzida a conceituação teórica da prova ilícita derivada, deve-se ressaltar que, mesmo nos Estados Unidos, nascedouro da teoria que a inadmite, e, por conseguinte no Brasil, a recusa absoluta ao uso das provas derivadas foi relativizada, consoante verifica-se da norma insculpida no parágrafo primeiro do artigo 157 do Código de Processo Penal (BRASIL, Decreto-Lei n. 3.689, 2012).

É notório que o abrandamento pelas Cortes Superiores no tocante à sua aceitação foi fruto de um longo embate jurídico, passando da admissibilidade a inadmissibilidade absoluta e, atualmente, conforme positivado na norma legal suprarreferida, a parcial aceitação, conforme delineado por Frederico Sousa Barroso (2004, p. 119-122).

Neste norte, hodiernamente, a legislação autoriza o uso das provas derivadas das ilícitas desde que obtidas por uma fonte independente (*independent source*) ou mediante uma descoberta inevitável (*inevitable discovery*), haja vista que, conforme explica Ana Paula

Teixeira (2009, p. 169), esta mitigação se dá para evitar a impunidade, pois, frente aos elementos provenientes de provas ilícitas, a persecução penal pode restar, por vezes, severamente prejudicada.

Não se pode perder de vista, contudo, que embora a vedação ao uso das provas ilícitas derivadas tenha constituído um grande avanço processual, a atenuação da matéria pode fazer com que ela torne-se “perigosamente casuística”, em razão de que o abrandamento desenfreado da teoria pode ocasionar uma tolerância demasiada quanto ao uso das provas derivadas, prejudicando o bem por ela tutelado (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 589).

Outrossim, no entender de Eugênio Pacelli (2008, p. 311) a teoria da fonte independente estabelece que não há contaminação das provas obtidas de modo autônomo das consideradas ilícitas, ou seja, o processo poderá ser aproveitado desde que existam provas, totalmente independentes daquelas consideradas ilícitas, da autoria e materialidade do delito sob análise (ALENCAR; TÁVORA, 2011, p. 367).

Um exemplo desta teoria é aquele ocorrido nos Estados Unidos, perante o julgamento do caso *Murray versus United States*, como apontado por Thiago André Pierobom de Ávila, senão vejamos.

Nesse caso, os policiais haviam percebido uma atividade suspeita de tráfico de drogas numa residência, entraram ilegalmente na casa e confirmaram a suspeita; posteriormente requereram um mandado judicial para busca e apreensão indicando apenas as suspeitas e sem mencionar a anterior entrada e, de posse do mandado, entraram novamente na residência e apreenderam as drogas. A Corte entendeu que a prova era válida pois ainda que os policiais não houvessem realizado a primeira violação, de qualquer forma seria obtido o mandado a justificar a segunda entrada legal, com base apenas nos indícios iniciais. (p. 158)

Ademais, Nestor Távora e Rosmar Alencar (2011, p. 368) defendem que a fonte independente não se trata de uma exceção à teoria dos frutos da árvore envenenada, mas é, isto sim, uma teoria coexistente àquela, haja vista que “partindo-se do pressuposto de que, não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivaram da ilícita”.

Independentemente de adotar-se ou não o posicionamento de Alencar e Távora, o qual confere independência a esta teoria, o fato é que o Código de Processo Penal vigente a previu,

expressamente, em seu artigo 157, como dito alhures, devendo analisar-se sempre a existência de ligação entre a prova derivada e a prova originária para então auferir-se a licitude daquela.

Deste modo, verifica-se que a teoria da fonte independente ora tratada está intimamente ligada à problemática envolvendo a análise do nexa causal entre a prova ilícita originária e a derivada, a qual já foi suficientemente debatida anteriormente. Desta feita, passa-se de imediato ao estudo da teoria da descoberta inevitável.

Esta teoria prevê que a prova derivada de uma ilícita, desde que evidenciada a possibilidade de sua obtenção de qualquer outro meio, não pode se contaminar com a ilicitude daquela (PIEROBOM DE ÁVILA, 2006, p. 161). A presente teoria visa salvaguardar a possibilidade do uso das provas que seriam obtidas de qualquer modo, independentemente da aparição das ilícitas no processo.

Para melhor entendimento desta teoria, cabe trazer a baila o relato fornecido por Eugênio Pacelli (2008, p. 311), o qual afirma que, por exemplo, se a partir do ingresso ilícito na residência de um sujeito os policiais que atuam no caso vierem a descobrir um cadáver no local, não há empecilhos que os proíba de iniciar uma investigação sobre o homicídio, não havendo, portanto, vedações tangentes à entrada ilícita.

Ressalta-se que tanto no exemplo supracitado, como nos inúmeros casos análogos verificados no dia-a-dia jurídico, é importante deixar claro que, partindo-se do desejo de coibir a contaminação das provas derivadas das ilícitas, eventual vínculo existente entre a prova originária (ilícita) e a derivada não pode acarretar prejuízo a esta última caso seu descobrimento seja inevitável, de modo que a ilicitude deve ser encarada, conforme explicam Rosmar Alencar e Nestor Távora (2011, p. 368), como uma mera fatalidade.

Assim, em que pese sejam notórios os efeitos adversos do uso das provas ilícitas no processo penal por não estarem ajustadas com os ditames constitucionais, não se pode perder de vista que sua abnegação pode comprometer ainda mais os sujeitos submetidos a um processo de modo que, por vezes, a medida mais adequada é a relativização da proibição, conforme exposto no tópico que segue.

2.3 Da necessária (ou não) relativização às restrições constitucionais acerca do uso das provas ilicitamente obtidas no processo penal

É, principalmente em razão da massiva aparição do fenômeno das provas ilícitas no processo penal, que surgem questionamentos acerca da eficácia proibitiva da norma constitucional insculpida no inciso LVI do artigo 5º da Carta Magna (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 2012), seja diante do conflito de interesses, seja em razão da hierarquia normativa.

Antônio Scarance Fernandes (2005, p. 89), destaca, neste sentido, que o notório desenvolvimento da produção probatória, acabou por tornar as pessoas mais vulneráveis, motivo pelo qual ao legislador coube o relevante papel de protegê-las diante da dicotomia presente na necessidade de reprimir a crescente criminalidade e na proibição de invadir-se excessivamente a vida dos envolvidos.

Presente aí está o conflito existente entre o direito estatal de punição e o direito à liberdade, ambos consagrados constitucionalmente. Enquanto, de um lado, a liberdade é verdadeiro pressuposto para a existência do Estado Democrático de Direito, de outro, o direito de punir, concentrado nas mãos do Estado, é verdadeiro reflexo da evolução social e cultural da humanidade, a qual, lançando mão da autotutela, conferiu a este o monopólio da justiça (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 04-13).

Tal liberdade, se vista isoladamente assume uma posição individualista e localizada, todavia, entende-se, na esteira do raciocínio de Frederico Sousa Barroso (2004, p. 97), que por ser, juntamente com as demais garantias insertas na Constituição Federal, direito do homem inserido na sociedade, torna-se uma garantia pública, devendo, em razão da gama de direitos positivados, ser sopesada e relativizada.

Neste sentido é a lição de Frederico Sousa Barroso:

Os direitos individuais são direitos do homem inserido na sociedade, portanto considerados em conjunto, dentro de um contexto social, não como um direito isolado e único. Por esta razão, vige a relatividade dos direitos e dos princípios de nosso ordenamento, que ora tenderiam à preservação dos direitos e das garantias individuais, ora tenderiam à proteção da instrumentalidade do processo e da defesa social. (2004, p. 97)

Nesta senda, verifica-se que constantemente as atividades instrutórias conferidas constitucionalmente ao Estado em sua busca pela efetividade processual, conflitam-se com as liberdades individuais acima expressas, gerando, assim, o embate jurídico ora tratado, cuja resolução da contenda deve se dar mediante a harmonização dos interesses conflitantes, conforme bem ilustra Alexandre de Moraes:

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua. (1998)

Deste modo, coadunando-se com a necessidade de relativização do poder punitivo do Estado em detrimento dos direitos fundamentais, Renato Varalda (1998) relembra que os ditames constitucionais, em especial a vedação ao uso das provas ilícitas, são frutos de uma época onde predominava a repressão às liberdades públicas, sendo, portanto, absolutamente necessária uma norma proibitiva como tal, todavia, atualmente não afigura-se oportuna a dureza do preceito constitucional sob análise, pois a realidade social vivida não é mais aquela de outrora.

A partir desta concepção, surge a baila o princípio da proporcionalidade, ou a terceira teoria sobre a admissibilidade das provas ilícitas citada no tópico anterior, extremamente relevante para o momento social vivido pela população brasileira. Tal princípio reflete a ideia de que “a prova ilícita, em certos casos, tendo em vista a relevância do interesse público a ser preservado e protegido, poderia ser admitida” (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 580), ou seja, para os seguidores desta teoria, a inadmissibilidade das provas ilícitas merece ser abrandada quando for a única prova capaz de proteger outros valores fundamentais, inseridos na Constituição Federal.

O princípio da proporcionalidade, oriundo do direito alemão, é, conforme explica Elimar Szaniawski (2000, p. 23), resultado da “pesagem e da ponderação da intensidade do atentado praticado ou dirigido aos direitos e interesses privados, de uma parte, em relação ao peso que o interesse público ou alheio, posto em causa, efetivamente apresenta”. Em outras

palavras, este princípio reflete a necessidade de ponderação da dicotomia existente entre interesses público e privado no que tange às provas ilícitas, pois, como já dito, excluí-la do processo judicial em todo e qualquer caso pode representar uma evidente injustiça, como expressam Rosmar Alencar e Nestor Távora (2011, p. 371).

Conforme explica Érico Bergmann (1992), para esta teoria, a admissão da prova ilícita, muito embora se reconheça sua inconstitucionalidade, deve ser efetuada pelo julgador em casos pontuais, ainda que para tanto precise sacrificar algum valor constitucional, pois, pode ser ela o melhor meio a demonstrar “o caminho mais justo e buscar o apanágio da justiça”, mormente diante da necessidade de manter-se o equilíbrio entre os valores fundamentais em jogo.

Evidentemente não se pode perder de vista o perigo que esta teoria traz consigo, visto que o conceito de proporcionalidade é facilmente manipulável, podendo servir a quem lhe interessar. Claro exemplo disto é a vasta gama de decisões judiciais utilizando-a para justificar a restrição dos direitos fundamentais em prol do interesse público, como bem salienta Aury Lopes Júnior (2011, p. 580-581).

Muito embora pareça, à primeira vista, inviável a utilização do mesmo fundamento para decisões totalmente contrárias, assim o é com o princípio da proporcionalidade, pois, como explica Antônio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 107), do mesmo modo que a prova cabal da inocência de um acusado interessa à defesa, interessa ao Estado, para autorizá-lo a buscar a punição do verdadeiro culpado.

Deste modo, para melhor análise da teoria da proporcionalidade, a doutrina a desmembra de acordo com objetivo de sua utilização: em prol do réu (*pro reo*) ou da sociedade (*pro societate*), conforme a seguir analisado.

Quanto à admissibilidade da prova ilícita a partir da teoria da proporcionalidade *pro societate*, seus defensores argumentam que, diante do dever de atuação do Estado no combate à criminalidade, principalmente em razão de seu crescimento desenfreado, o qual gera a sensação de impunidade, aliado à possibilidade de uso das provas proibidas em favor do réu, sua utilização como prova da condenação obedece aos liames do princípio da isonomia, legitimando, assim, seu uso (FERNANDES, 2005, p. 94).

Esta corrente doutrinária recebe severas críticas, haja vista que, como relembra Alencar e Távora (2011, p. 372), é injustificável a infringência às garantias constitucionais na busca do combate ao crime, essencialmente pelo fato de que a acusação dispõe de sem-

número de meios aptos à produzir, lícitamente, as provas de que necessita para consolidar sua tese, tais como a interceptação telefônica e a quebra de sigilos.

E, mais, como seguem afirmando Rosmar Alencar e Nestor Távora,

a proporcionalidade invocada como capa da condenação acaba por remontar o discurso da possibilidade de exilar do manto constitucional algumas pessoas que, pelo grau de perigosidade, devem ser tratadas como verdadeiras inimigas do Estado, não cidadãs, e, portanto, à margem do núcleo básico de proteção aos direitos individuais. (2011, p. 373)

Ademais, além de contar com um pequeno número de seguidores, verifica-se que esta teoria não tem encontrado guarita junto aos tribunais brasileiros, os quais tem entendido, em sua maioria, que só é legítima a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em favor do réu, conforme explica Alexandre de Moraes (2011, p. 304).

Como dito, quanto ao uso da proporcionalidade em favor do acusado no processo penal, posição diversa é a sustentada pela maciça maioria da doutrina e jurisprudência brasileira, senão vejamos.

Aury Lopes Júnior (2011, p. 582-583), defendendo a utilização da proporcionalidade no processo penal em favor do réu, pontua que não se deve censurar uma prova que tem por escopo salvaguardar o legítimo interesse do acusado, qual seja, a sua liberdade. Isto se deve, como explica Ana Paula Teixeira (2009, p. 172), pela impossibilidade de condenação de um indivíduo quando comprovada sua inocência, mesmo que por meios ilícitos.

Corroborando tal entendimento, Luiz Fernando Pereira Neto (p. 216), dispõe que a utilização da teoria da proporcionalidade é plenamente viável quando busca-se, por exemplo, justificar a conduta do acusado que obtém a prova contaminada para utilizá-la em sua defesa perante um processo injusto, de modo que tal atitude exclui a antijuridicidade da prova.

Nesta senda, bem sintetizando o posicionamento majoritário na doutrina, Antônio Magalhães Gomes Filho preleciona que

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 insuportáveis, 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. (1997, p. 106-107)

Desta feita, o que não se pode, contudo, é, admitindo o aproveitamento da prova obtida ilicitamente em favor do réu, utilizá-la em outro processo contra uma terceira pessoa, pois, como pondera Aury Lopes Júnior (2011, p. 583), tal admissão está vinculada ao processo em que foi usada, não havendo, portanto, sua convalidação.

No mesmo norte, os tribunais brasileiros fixaram o entendimento de que é possível a utilização das provas ilícitas pelo réu, sob o fundamento de que a ilicitude anteriormente encontrada na prova ou “é eliminada por causas excludentes de ilicitude” ou é aceita “em prol do princípio da inocência” (MORAES, 2011, p. 304).

Por estas razões é que, compartilhando do posicionamento de Aury Lopes Júnior (2011, p. 583), entende-se ser esta a teoria mais adequada quanto ao uso das provas ilícitas no processo penal, haja vista que, por ser o processo um “instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição”, a relativização vedação às provas proibidas em favor do réu coaduna-se com os preceitos constitucionais.

Ademais, atentando-se ao que salienta Thiago Pierobom (2006, p. 282), as questões afetas às provas ilícitas devem, muito mais, serem vistas, não como um dogma constitucional, mas, isto sim, como um “princípio direcionado ao estabelecimento de instrumentos eficazes de proteção aos direitos fundamentais que deve ser contemporizado com a necessidade de uma tutela penal eficiente”, pois, como o mesmo autor segue esclarendo, “se a garantia da inadmissibilidade foi criada sob a ideia de uma efetiva realização dos ideais de proteção à liberdade, igualdade e dignidade humana, sua aplicação de forma absoluta e extremada contradiz sua própria finalidade”.

É, assim, esta ideia de proteção aos mais importantes direitos preconizados pela Constituição Federal que autoriza a ponderação e relativização da restrição prevista em lei, consagrando, deste modo, a aplicabilidade prática do tão falado princípio da proporcionalidade.

Uma vez superadas as teorias que disciplinam a aceitação das provas ilícitas no processo penal, pode-se visualizar que, muito embora o direito à prova constitua direito fundamental da defesa e da acusação, este encontra limitações legislativas absolutamente necessárias para o desenvolvimento regular (e constitucional) do processo penal, sendo,

assim, a vedação ao uso das provas ilícitas uma verdadeira restrição extraprocessual protetiva dos direitos fundamentais (PIEROBOM DE ÁVILA, 2006, p. 275).

Nesta senda, verificou-se, ao longo deste capítulo, que muito embora exista uma vedação constitucional ao uso das provas ilícitas, das três correntes que estudam o fenômeno, aquela que defende a utilização das provas proibidas em favor do réu, quando contiverem a prova cabal de sua inocência, parece ser a mais adequada para o momento social e cultural vivido no Brasil.

Torna-se patente, diante de todo o já exposto, que as provas ilícitas são verdadeiras afrontas à normatização e principiologia constitucional, de modo que, em regra, sua permanência no processo penal é verdadeiro ultraje à Constituição Federal, motivo pela qual devem ser desentranhadas dos autos. Todavia, excepcionando a necessidade de exclusão das provas ilícitas do processo penal, está em voga a aplicação do princípio da proporcionalidade *pro reo*, o qual prevê que a possibilidade de abrandamento da disposição constitucional tangente à impossibilidade de uso das provas ilícitas quando o for em prol da comprovação da inocência do acusado. Desta feita, tem-se que, embora a utilização das provas proibidas seja medida importante, pois é um modo, ainda que frágil, de assegurar direitos constitucionais, por vezes sua utilização atende muito mais aos preceitos fundamentais do que sua própria negação.

Outrossim, adiantando-se o estudo do próximo capítulo, independentemente da admissão ou não das provas no processo penal, deve-se ponderar a questão da contaminação psíquica do magistrado que se manteve em contato com a prova ilícita, mesmo que brevemente, pois, como dito por Aury Lopes Júnior (2011, p. 593), é ingenuidade defender que esta contaminação atinge somente a prova, deixando o julgador a parte de todos os elementos que a compõe, todavia, estes questionamentos, intimamente ligados ao princípio constitucional da imparcialidade, serão abordados com melhor ênfase a seguir.

3 O JUIZ POSTO A DECIDIR: INCONSCIENTE EM AÇÃO?

Nesta última etapa do presente trabalho, abordaremos aspectos essenciais para o deslinde do questionamento inicialmente fixado. Em um primeiro momento, aprofundando os conceitos de imparcialidade e neutralidade brevemente citados no primeiro capítulo, buscaremos diferenciá-los, posicionando-nos acerca da existência, ou não, da figura de um juiz neutro ou imparcial, utilizando, para tanto, obras doutrinárias de notória importância.

Após, vez que fixado entendimento acerca de questões como a imparcialidade e a neutralidade, trataremos de outro aspecto bastante polêmico em matéria processual, qual seja, a decisão judicial. Neste momento, buscaremos traçar um panorama inicial em relação às influências externas, como as provas ilícitas, contrapostas as limitações internas do magistrado, quando da prolação de uma decisão.

Ao final, encerrando o trabalho, serão abordados aspectos essenciais quanto à “captura psíquica” (expressão utilizada por Gabriel Divan) do julgador pelos elementos constantes no processo penal, partindo-se de uma exposição relacionada à sistemática do pensamento ao questionamento, no sentido de revelar-se se o processo de decisão do juiz dá-se ou não conforme sua consciência. Tais abordagens mostram-se imprescindíveis para possibilitar, ao final, a produção de uma conclusão baseada nos elementos objetivos e subjetivos encontrados em todo o procedimento do ato decisório do magistrado, especialmente daquele que é confrontado com a existência de provas ilícitas no processo que irá julgar.

3.1 O julgador no processo penal: figura neutra ou imparcial?

Ao tratar-se de questões afetas à “captura psíquica” do magistrado por ocasião da prolação de suas decisões, é aspecto de obrigatório o trato às figuras da neutralidade e da imparcialidade do julgador penal, as quais, muito embora tenham sido mencionadas no primeiro capítulo, receberão especial atenção neste momento, haja vista tratarem-se de conceitos fundamentais para o deslinde do trabalho.

A compreensão de tais conceitos mostra-se relevante especialmente no tocante à decisão judicial, objeto desta pesquisa, na medida em que, como explica Gabriel Divan (2010, p. 55), “nela pode-se identificar um ponto de fricção máxima entre um cientificismo rigoroso e pretensamente impessoal, e o resvalar repleto de subjetividade”, isto porque, essencialmente, os atos decisórios resultantes da análise do processo são exarados por um ser humano, ser humano este revestido de deveres “sobre-humanos”, como explica Francesco Carnelutti (2010, p. 47), o que faz com que a atividade judicante situe-se à beira de um perigoso abismo de subjetivismo.

É, pois, diante desta necessidade de afastar ao máximo a subjetividade da decisão judicial, resguardando-se, assim, os princípios assegurados constitucionalmente aos cidadãos, que a discussão sobre neutralidade e imparcialidade assume um importante papel, conforme poderá se verificar das considerações que se seguem.

A título de esclarecimento e visando abarcar os mais diversos posicionamentos jurídicos, cabe mencionar o aspecto da *imparcialidade*, rememorando-se que a relação processual é, em regra, composta por no mínimo três partes, cuja presença é imprescindível para se iniciar o processo, quem sejam, as partes – acusador e acusado – e o juiz (TOURINHO FILHO, 2011, p. 413).

Quanto às partes, estas são, conforme explica Eugênio Pacelli (2008, p. 371), sujeitos que enquanto pedem algo em juízo, também podem ter contra si pedidos formulados pelo outro polo da demanda. Nestas circunstâncias, a conclusão lógica que se faz é no sentido de que ambas as partes possuem interesses próprios bem definidos, de modo que o processo é o local onde buscarão defendê-los, evidenciando, portanto, sua *parcialidade* na ação (COLLI, p. 01).

A minoritária corrente doutrinária que defende esta proposição, refere que o magistrado situa-se numa posição aparte, haja vista que, de modo genérico, utilizando-se o conceito trazido por Francesco Carnelutti (2010, p. 48), pode-se dizer que “para ser juiz é preciso ser e fazer o que deve ser feito plenamente, sem deficiências, nem sombras, e sem lacunas; resumindo, para ser juiz, é necessário não ser parte”. Isto porque, ao não ser considerado parte, imagina-se que o julgador, ao abstrair-se de todo e qualquer interesse jurídico pessoal, “atuaria, por assim dizer, em substituição a autonomia de vontades da acusação e da defesa” (COLLI, p. 01).

É nesta senda que Marco Aurélio Marraffon, sintetizando o pensar dos doutrinadores afetos à ideia de *parcialidade*, explica que

A noção de juiz neutro e imparcial surge da teoria de que o juiz não pode estar ligado nem objetivamente nem subjetivamente às partes em litígio, sendo que para garantir a imparcialidade das decisões, deve o juiz declarar seu impedimento, incompatibilidade ou suspeição (arts. 134 e 135, CPC; 252 a 254, CPP), ou seja, o juiz é um órgão que está entre as partes e acima delas. (2001, p. 326)

Muito embora sejam escassos os doutrinadores inclinados a discorrer sobre a temática, existem estudiosos que se contrapõem às questões afetas à *imparcialidade* acima aventadas, na medida em que aduzem ser este um conceito volúvel, confundível com a ideia de neutralidade.

Gabriel Divan (2010, p. 65), destaca que a criação de figuras jurídicas, tais como a *imparcialidade*, ou como veremos a seguir, a divisão da imparcialidade em objetiva e subjetiva, nada mais é do que o ideário que certos doutrinadores possuem em simplificar a problemática, que por sua natureza nada possui de simples, objetivando legar ao ensino jurídico noções idealizadas, sem que, contudo, percebam o quão desconexas da realidade são.

Desta feita, assim refere Gabriel Divan

Talvez seja por isso que a solução jurídico-doutrinária para tratar do problema costume oscilar entre a equiparação dos institutos (para ter meios de lida com ambos) ou o indiscriminado uso de sofismas e cortes epistemológicos reducionistas (à moda do método de descomplexificação) legando ao ensino jurídico noções idealizadas que, em prol da eficiência didática simplista se desconectam da complexidade. (2010, p. 65)

Como dito alhures, objetivou-se a inserção destes conceitos na presente pesquisa para possibilitar o conhecimento de outros paradigmas adotados pela doutrina jurídica, mesmo que sejam objetos de grandes críticas, pois, ausentes de relevância, diante da fragilidade em que se fundam.

Ademais, abandonando-se a ideia de *imparcialidade*, passa-se, num primeiro momento, à formulação de considerações acerca da neutralidade, que é, igualmente, figura de embates jurídico-doutrinários ferrenhos, senão vejamos.

A neutralidade pode ser entendida como uma questão meramente “pessoal, subjetiva, intangível pela construção do jogo processual e por qualquer conjunto de normas procedimentais”, mormente diante de sua característica fundada em subjetivismo (DIVAN, 2010, p. 65), ou, como destaca Luís Roberto Barroso (1999, 247), esta figura pressupõe que “o intérprete seja indiferente ao produto de seu trabalho”.

Coadunando-se com este conceito, Rodolfo Pamplona Filho e Charles Barbosa (2012, p. 02) referem que estar insensível aos fatos que são postos diante de si significa estar num “ponto zero”, o qual é absolutamente impossível de ser atingido por um ser humano, haja vista que este é marcado por sentimentos e emoções.

É sob esta ótica que Marcos Antônio Santos Bandeira refere que:

A neutralidade é anti-natural, pois todo ser humano carrega a sua história permeada de valores, ideologia, filosofia, visão de mundo, idiosincrasias, desejos, sentimentos, razão e emoções. Com efeito, o juiz é um ser humano, composto de carne e osso, e carrega toda essa tábua de valores até o final de sua vida, não podendo ser este sujeito todo poderoso, alheio à realidade e imune às influências internas e externas, para se tornar um inerte e autômato aplicador da lei. (2008, p. 01)

É certo, porém, que existe uma vasta gama de questões postas a julgamento que não afetam o juiz, senão no sentido da burocrática necessidade de cumprir seu dever, como lembra Luís Roberto Barroso (1999, p. 246), todavia, questões como estas não são, em regra, objetos do direito penal e, se ainda assim o forem, não são relevantes ao presente estudo, haja vista comporem a parcela minoritária de questões postas a juízo.

De outro lado, nos ocuparemos de investigar e, inclusive, concluir, *strictu sensu*, pela inexistência da neutralidade em questões processuais penais nas quais o magistrado manteve contato com provas obtidas ilicitamente, mas, muito mais, deixaremos claro o entendimento no sentido de que a neutralidade é, em qualquer circunstância, figura inatingível.

Corroborando os entendimentos acima aventados, Rodolfo Pamplona Filho e Charles Barbosa (2012, p. 04) afirmam que no campo científico a neutralidade é um conceito

totalmente intolerável, haja vista que é absolutamente impossível a imunização do indivíduo e relação aos seus elementos ideológicos, tais como aqueles anteriormente mencionados.

Ademais, se concebermos a neutralidade como caractere de índole meramente subjetiva do juiz, deve-se ressaltar, na esteira do que preleciona Gabriel Divan (2010, p. 64-65), que o problema dela decorrente – existência de impressões subjetivistas em seus atos decisórios – é de tamanha complexidade que não cabe ao direito processual resolvê-lo, pois ausente dos elementos necessários para tal fazer.

Outrossim, não se pode deixar de mencionar (e criticar) o posicionamento de Rodolfo Pamplona Filho e Charles Barbosa (2012, p. 07) quanto à defesa da neutralidade como um mito necessário ao papel do juiz, isto porque esta característica tende a fortalecer a credibilidade da população no Sistema Judiciário.

Como dito, divergindo-se deste posicionamento, partilha-se do entendimento de que para fortalecer o Judiciário não é preciso fundar-se em hipóteses ilusórias que somente ludibriam a população jurisdicionada, como a aventada pelos autores acima mencionados, mas, isto sim, devolver a crença da funcionalidade deste poder passa muito mais por uma questão de comprovação desta característica, como, por exemplo, decisões assentadas em claro respeito às normas constitucionais, de tal caractere.

Nesta senda, Colli afirma que

A mitificação do juiz, além de atentar riscos aos direitos e garantias fundamentais do processo penal, enseja um embate lúdico de vaidades, um embate egóico, no qual mito e rito podem vir a se confundir. O juiz antes de ser um órgão do Poder Judiciário, e portanto, um representante do poder estatal, é (...) um ser humano dotado de razão, valores e emoções. (p. 03)

Por fim, sintetizando a ideia ora abordada, no sentido de ser impossível a existência de um julgador neutro, por tratar-se, ao cabo, de um mero ser humano, o qual, ainda que investido temporariamente numa posição de alto poder, não pode desvencilhar-se de suas características humanas, Rodolfo Pamplona Filho e Charles Barbosa, referem que

Enfim, a essência do humano que deve buscar o juiz no campo do processo – cuja compreensão constitui condição de qualidade na apreciação da demanda – relaciona-

se com a denominada neutralidade subjetiva, consubstanciada no tratamento igual das partes, sem que se empreenda discriminação negativa de qualquer sorte. Exigir, por sua vez, a neutralidade em relação aos princípios que decidiu abraçar para a condução de sua vida, bem como das influências que, de forma consciente ou inconsciente, incidem sobre seu modo de pensar e agir, equivale a pedir-lhe que elimine os seus próprios caracteres humanos, a sua própria essência. (2012, p. 05)

Dito isto, passa-se a tratar da imparcialidade, que outrora era vista como princípio constitucional e, no entanto, agora é analisada como caractere subjetivo da figura do julgador, elemento defendido como imprescindível para o válido desenvolvimento do processo por alguns e como característica impossível de ser atingida, conforme será estudado a seguir.

É neste sentido que Luigi Ferrajolli (2006, p. 534) assevera que “a imparcialidade, além das garantias institucionais que a suportam, forma um hábito intelectual e moral, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento”, o que, analisado sob a ótica da ciência do Direito, representa ser aspecto imprescindível para a atividade judicante.

Sob este prisma, Gabriel Divan (2010, p. 61), define a imparcialidade como o “alheamento do julgador em relação às partes da causa e ao que nela é debatido”, pois, é somente com o necessário distanciamento que o juiz deve manter das partes e do objeto da ação, é que sua decisão virá a ser mais próxima de um resultado justo, pois revestida do caráter imparcial que a figura judicante deve manter.

Quanto às espécies de imparcialidade conhecidas, Luigi Ferrajolli (2006, p. 534), afirma que ela desmembra-se em três diferentes facetas: a primeira diz para com o afastamento do juiz em relação ao interesse das partes na demanda – equidistância, a segunda refere-se à sua independência em relação ao sistema jurídico vigente e, por fim, a terceira alude à naturalidade na determinação de sua competência, sendo todas imprescindíveis para caracterizar o aspecto imparcial do julgador.

Por seu turno, Aury Lopes Júnior (2011, p. 132-133), com base em decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, desmembra a imparcialidade em subjetiva e objetiva. Sob esta ótica, estaremos diante da imparcialidade subjetiva quando ela disser para com os convencimentos pessoais do julgador e seus pré-juízos. De outro lado, será objetiva quando a relação do juiz com o objeto do processo for visivelmente indiferente, imparcial.

Com base na obra de Aury Lopes Júnior, pode-se inferir que a imparcialidade objetiva, muito mais fácil de ser comprovada, deve pautar a instrução do processo penal, haja vista que

a partir do respeito às garantias estipuladas constitucionalmente é possível afastar quaisquer dúvidas sobre eventual parcialidade do magistrado condutor do processo, enquanto a imparcialidade subjetiva, justamente por seu caráter interior, é mais difícil de concretizar-se no cerne processual e, conseqüentemente, de apontar suas falhas nos atos decisórios do magistrado.

Retomando-se à crítica inicialmente feita às questões que nada acrescentam de relevante ao universo jurídico, diante de sua inexpressividade meramente retórica, entende-se, na esteira do que preleciona Gabriel Divan (2010, p. 62), ser a distinção operada por Aury Lopes Júnior, com base nas decisões proferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, entre a imparcialidade em objetiva e subjetiva, insubsistente, na medida em que o conceito de imparcialidade deve ser visto, tão somente, a partir da noção trazida pelo princípio da jurisdicionalidade, atuando, portanto, com características inerentes a “operacionalidade do processo”.

Destarte, sempre que se falar em imparcialidade importa frisar que, conforme concluiu o núcleo de estudos em Direitos Humanos da Corregedoria Nacional de Justiça,

A noção de imparcialidade do Judiciário é um aspecto essencial do direito a um julgamento justo. Isso significa que todos os juízes envolvidos devem atuar objetivamente e basear suas decisões em fatos relevantes e legislação aplicável, sem predisposições pessoais ou idéias pré-concebidas sobre o tema e pessoas envolvidas e sem promover os interesses de nenhuma das partes. (p. 31)

Feitas tais ressalvas ao assunto abordado, não se pode perder de vista a figura da “aparência de imparcialidade”, defendida por Aury Lopes Júnior (2011, p. 133) como medida necessária a restaurar a confiança da sociedade nos Tribunais pátrios, na medida em que sua mera transmissão aos jurisdicionados, ainda que o julgador esteja eivado de pré-juízos, é capaz de assegurar a tranquilidade no tocante ao teor das decisões penais prolatadas.

Oras, esta ânsia pela existência de uma aparência de imparcialidade é fundada na medida em que “confiamos nas instituições e devemos confiar naqueles que atuam nas mesmas, (...) não somente pela forma e valores nelas contidos, mas sobretudo porque confiamos naqueles que desempenham as funções que lhes dão forma”, conforme explica Karin Käsmayer (2012).

Esclarecidos os aspectos basilares da imparcialidade, impera que se faça a distinção entre ela e a neutralidade.

Nesta questão, André Machado Maya (2009, p. 135), esclarece que, enquanto a imparcialidade deve ser vista como o “desinteresse subjetivo do magistrado no conduzir e julgar do processo penal”, passível de ser atingido, a neutralidade trata-se de um conceito “insuficiente para a exata compreensão do valor estruturante da atividade jurisdicional”.

Neste norte, comunga-se do entendimento de Maciel Colli (p. 01-02), quando este afirma que ao juiz neutro é dada a separação total de seu subjetivismo (entendendo-se como ausente de valores e ideologias), condicionando a decisão tão somente à aplicação da norma legal, ao passo que a imparcialidade do julgador é vista como condição pessoal do magistrado enquanto ser humano que o permite fazer com que a racionalidade prevaleça sobre qualquer forma de subjetivismo nas relações processuais.

É, por estas razões, que se acredita na possibilidade de existir um juiz imparcial, mas nunca um juiz neutro, sem perder-se de vista, contudo, aquilo que Francesco Carnelutti (2010, p. 51) destaca como essencial no trato a estas questões: a justiça humana, justamente pela limitação do ser humano que lhe compõe, é, em essência, parcial, de forma que a única medida a ser tomada é procurar diminuir esta parcialidade, com a conscientização do juiz de suas limitações humanas.

Coadunando-se a todos os argumentos lançados até o momento, Paulo Roberto Leite Ventura afirma que:

não manter-se neutro o Juiz Criminal, embora seja possível de atendimento no que toca à sua imparcialidade e impessoalidade, é fator preponderante para a solução de uma causa criminal, isto porque, interpretar para decidir envolve, freqüentemente, a escolha de valores e vertentes de prova, bem como de alternativas possíveis, desde que não atue em favor do próprio interesse, o Juiz Criminal estará sempre promovendo as suas causas, a sua visão do mundo e o seu senso de justiça, pois ainda que fosse utopicamente possível libertar o juiz de suas injunções ideológicas, não seria possível libertá-lo do seu próprio inconsciente, de sua memória, de seu desejo de fazer justiça. (2008, p. 13)

Assim, diante de tudo isto e, em especial ante a consideração acima citada, se pode concluir que o magistrado estará, quer atue imparcialmente, quer o faça de forma meramente aparente, sujeito à carga subjetiva que traz consigo, a qual poderá levá-lo a decidir desta ou

daquela maneira, em conformidade com os relances fáticos que o capturaram psiquicamente, ainda que subliminarmente até mesmo para o próprio julgador, revelando-se situação perigosa para as partes envolvidas, como será abordado posteriormente.

3.2 Decisão judicial: os perigos de uma motivação desvirtuada

Iniciando esta nova parcela do estudo a que nos propomos, calha rememorar o princípio da motivação das decisões judiciais, garantia inexorável de todos os indivíduos que são submetidos a um processo judicial. Trata-se da atitude positiva do juiz em demonstrar claramente todos os caminhos percorridos pelo seu pensamento durante a produção dos atos decisórios (JORGE JÚNIOR, p. 06), que é, portanto, garantia absoluta do cidadão.

Em relação a sua conceituação, o dicionário Michaelis define o ato de decidir como a ação de deliberar, determinar (-se), resolver (-se), ou, ainda, como a emissão de um juízo sobre algo. Muito mais, a decisão é uma forma de explicar ou resolver as questões postas à análise, inclinando-se a favor de ou contra algo. Decisão, por seu turno, é entendida, com base no estudo linguístico, como a “ação ou efeito de decidir ou decidir-se”, resolvendo uma questão após um prévio exame.

Ou, conforme a análise de Gabriel Divan (2010, p. 179) sobre os aspectos linguístico-conceituais da palavra sentença, uma das espécies de decisão, é possível entendê-la como uma verdadeira declaração daquilo que o magistrado sentiu, isto porque, a palavra “sentença, não por acaso, deriva de *sententiando*, gerúndio do verbo latino *sentire*. O julgador, ao sentenciar, sente”.

Neste prisma, Jacinto Coutinho (2004, p. 84), analisando a obra de Francesco Carnelutti Verdade, Dúvida e Certeza, explica que o histórico doutrinador, em sua produção literária, concluiu que a busca do processo penal deve ser a investigação da certeza, a qual, em suas raízes epistemológicas, implica em formular uma escolha sobre as questões presentes nos autos processuais.

É, pois, partindo desta premissa, que Jacinto Coutinho (2004, p. 84-85) frisa que em relação às atitudes do juiz na prolação de suas decisões, estas vistas como fruto de uma opção, “não se deixa de levar em consideração tudo aquilo que não está nos autos, arrastando consigo

tudo o que pode ser”, pois, não em raras situações, o magistrado utiliza-se de argumentos meramente teatrais, maquiando suas reais intenções, como será demonstrado.

De outro lado, no universo processual penal, Éric Alexandre Lavoura Lima (2011, p. 281-285) menciona que o Código de Processo Penal prevê a existência de “atos com conteúdo decisório relevante”, tais como as sentenças e decisões interlocutórias, sujeitos ao dever de motivação, e “atos sem conteúdo decisórios”, tais como os despachos de mero expediente, que não se sujeitam A eventuais recursos, dos quais apenas a primeira classe nos interessa, conforme a seguir esclarecido.

Para melhor deslinde desta pesquisa, esclarece-se que adotaremos o posicionamento manifestado por Gabriel Divan (2010, p. 54), no sentido de que serão enfocadas apenas as decisões judiciais “que, enfrentando o mérito processual, resolvam a ‘questão criminal’ ali proposta”, ou seja, somente sentenças e acórdãos.

Contudo, ressalta-se desde logo que o assunto abordado situa-se em terreno tortuoso, pois, por vezes, está impregnado de insegurança, sendo que o perigo reside, primordialmente, no fato de que a decisão pode representar muito mais do que um simples comando judicial, mas, isto sim, um combo de elementos subjetivos prejudiciais ao bom deslinde processual (DIVAN, 2009, p. 03).

Apesar disto, mister ressaltar que a importância da decisão judicial pode ser vislumbrada e compreendida se entendermos, como explica Gabriel Divan, que

a decisão judicial penal muda, de fato, a realidade jurídica do indivíduo, e com ela, geralmente, de forma drástica, a situação de seus direitos, pouco importando, ao final, se a nova realidade constituída tem legitimidade de ser, ou não (ao final da ciranda processual, quantos culpados não se livram soltos e, mais grave, quantos inocentes não amargam punição injusta nos nossos cárceres?). (2009, p.10)

É, pois, justamente no campo da decisão judicial que nascem e renascem questionamentos atinentes à “disputa” entre a razão e o subjetivismo, conforme a seguir analisado.

Nesta seara, impera ressaltar que se viveu, em tempos já idos nos quais o positivismo jurídico preponderava, o ideal de um julgador racional decidindo as questões postas à sua

jurisdição. Embora ainda existam defensores de tal concepção, ela vem perdendo espaço para a admissão de que o magistrado quando julga, o faz carregado de subjetivismo.

A racionalidade pode ser entendida como uma forma de resolver o problema jurídico posto em análise com base na razão e nos argumentos mais adequados, produzindo-se, assim, uma resposta judicial correta, justa e assentada nos preceitos da ordem jurídica vigente (PARDO, 2002, p. 50).

David Pardo esclarece que uma visão positivista da questão tenta demonstrar que

a racionalidade das decisões judiciais referida exclusivamente ao seu enquadramento em um sistema fechado e lógico de normas jurídicas empobrece a prática jurídica moderna e, portanto, o próprio entendimento do Direito moderno. Quando se fala em racionalidade da decisão judicial, deve-se fazer referência não só à certeza do Direito (segurança jurídica), mas também à correção da resposta judicial (aceitabilidade racional ou justiça da decisão judicial). (2002, p. 53)

Ademais, o perigo do pensamento racionalista reside na situação em que o julgador, defendendo ser seu ato decisório uma operação racional, passa a acreditar-se neutro, observando-se (e entendendo-se) “como reflexo da verdade e das evidências” (DIVAN, 2010, p. 71). É cristalino que esse pensamento põe em xeque as garantias constitucionais, pois, o juiz, esquecendo-se de sua qualidade humana, passa a colocar-se no pedestal destinado apenas aos deuses: supremo e todo-poderoso.

Não restam dúvidas que há muito a visão do juiz como ente guiado pela razão vem sendo abrandada, isto porque é a partir do advento das concepções psicológicas de Freud que a razão “passou a ser vista como menos poderosa do que se supunha, por estar subordinada a impulsos desconhecidos e de difícil acesso” (PRADO, 2010, p. 87).

Consoante verberado por Lídia Prado (2010, p. 91), a emoção é aspecto imprescindível para a prolação de decisões, pois, a partir das conclusões obtidas por Antônio Damásio, médico neurologista e autor do livro *O erro de Descartes*, verificou-se-se que “uma perda na capacidade de uso da emoção corresponde uma perda equivalente da capacidade de se empregar o raciocínio e de serem tomadas decisões de forma eficaz. Ou seja: a inexistência do sentimento pode comprometer a racionalidade”.

Contudo, esta emoção pode tornar-se perversa e prejudicial ao processo quando assume as rédeas da elaboração do ato decisório. É justamente neste íterim que o psiquismo

apropria-se das informações prestadas pelas provas ilícitas e as insere, disfarçadamente, na decisão judicial.

É claro que o subjetivismo intrínseco do magistrado (e de todo o ser humano, conseqüentemente) não pode ser taxado como algo nefasto em todas as circunstâncias, até mesmo porque, como destaca Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (2010, p. 223), é normal que a subjetividade esteja presente no momento de decidir, pois, “para o humano nunca há o tudo ou nada, a divisão radical em polos opostos e que se excluem: razão ou emoção, parcial ou imparcial, verdadeiro ou falso”. O que não se pode, isto sim, é deixar que o subjetivismo prepondere e substitua o necessário grau de racionalidade que deve estar presente em todos os atos decisórios.

Outra questão conflituosa inserida nesta seara é a assunção da emotividade por uma sociedade de magistrados ainda extremamente vinculados às amarras de um positivismo exacerbado, que tenta, de todos os modos, afastar a existência de qualquer elemento situado além da letra da lei, em claro respeito à crença na existência do julgador neutro, que, nos parece, ser mera falácia.

Nesta seara Gabriel Divan esclarece que

Ainda há o problema da assunção da emotividade, da personalidade do julgador, enquanto fator de abalo da neutralidade: problema minimizado, frisa-se, enquanto for observado sob a ótica da mera assunção. O ‘assumir’, nesse caso, não supera o modelo cartesiano, uma vez que simplesmente reconhece a força de elementos extra-racionais em meio ao ato de decidir, concedendo a eles, porém, o rótulo de acessórios e a característica falaciosa de serem ‘controláveis’, tais e quais ‘ferramentas úteis’. (2010, p. 75)

Quanto à forma com que o subjetivismo atua, será procedido um exame mais acurado posteriormente, pois, no momento, interessa reforçar os perigos encontrados junto a ele quando da eleição dos elementos processuais que irão embasar a decisão do magistrado.

A psicóloga e advogada Lídia Prado (2010, p. 92) defende que situações como àquela acima aventada, em que as provas ilícitas assumem, ocultamente, papel decisivo no trato ao julgamento penal, podem ser facilmente solucionadas com o posicionamento da emoção ao lado da racionalidade, pois, somente assim, se atingirá a adequada decisão.

Neste norte, verifica-se que os aspectos subjetivos da decisão, isto é, a relação entre “a capacidade de julgar a realidade exterior” e “o juízo crítico de cada pessoa em relação ao seu

mundo interior” (ZIMERMAN, 2010, p. 125), assume importante papel, haja vista que, como bem lança Aury Lopes Júnior (2011, v. I, p. 136), o problema em relação aos “processos psicológicos interiores” que levam à pré-juízos é justamente o de se definir se o juiz tem condições de atuar no feito “sem intensidade suficiente para condicionar, ainda que inconscientemente (...) a posição de afastamento interior que se exige para que comece e atue no processo”.

Nesta senda, conforme assevera Eugênio Facchini Neto (2010, p. 264), magistrado gaúcho, o juiz, mesmo não querendo ou não tendo consciência disto, não consegue afastar a grande carga de subjetividade existente na atividade de julgar, o que reforça, ainda mais, o estudo de sua presença nas sentenças/acórdãos criminais.

Diante de tais ponderações, parece-nos adequando a busca por uma decisão penal repleta de requisitos (atendidos) que evidenciem a responsabilidade do juiz para com o julgado, apesar do subjetivismo existente. Tais requisitos, delineados por Gabriel Divan, são:

uma decisão justa, não excessivamente benevolente, nem despudoradamente draconiana, começa pelo tratamento devido a ser dado aos a ela submetidos: pessoas. Pessoas humanas. No afã de não precisar de rédeas na manifestação vingativa, a condição de pessoa parece ser a primeira a cair, e o acusado vai (re)classificado e (re)etiquetado como qualquer outra coisa, diversa da categoria dos homens normalmente assentidos como tais. (2009, p. 15-16)

Jacinto Coutinho (2004, p. 83) aduz que é perfeitamente possível a ocorrência do desvirtuamento decisório, haja vista que “de seguro mesmo, só a certeza de que se pode manipular o axioma”, pois a decisão que visa assegurar segurança aos jurisdicionados pode ser a mesma que lhes causa insegurança, justamente em razão de sua carga subjetiva própria e intrínseca.

Não se venha falar no dever de fundamentação das decisões, pois, mesmo sendo um freio aos decisionismos, não é suficiente para assegurar a prolação de uma sentença corretamente fundamentada, haja vista que, consoante explica Jacinto Coutinho,

a segurança do jurisdicionado se vai consumida pela retórica de uma decisão que manipula as palavras para forjar uma aparência: decide-se o que se quiser, desde que se tenha um bom jogo de palavras; segundo, não resolve o problema do próprio juiz, que justifica a escolha para os outros, mas não para si mesmo. (2004, p. 87)

Outrossim, quanto à solução para o desvirtuamento decisório operado, Amilton Bueno de Carvalho e Henrique Marder da Rosa (2011, p. 50) muito bem referem que talvez a problemática seja resolvida com o tempo necessário para afastar a emoção e fazer vingar a razão. Talvez às decisões impregnadas de pré-juízos, conscientes ou não, falte um “amadurecer”.

Isto é pacífico ao considerarmos que o período sociológico vivido, conforme lembra Lúcio de Constantino (2007, p. 208), é aquele no qual o juiz deixou de ser mero escravo da legislação e passou a mediar culturas conflitantes, maximizando, assim, a complexidade da interpretação do direito e dos casos concretos, mas, de qualquer modo, o que não se pode perder de vista é que a “decisão certa ainda se encontra distante, (...) porém, uma decisão aceitável é possível”.

Neste norte, é grande empecilho para a obtenção de uma decisão aceitável os problemas que circundam a “captura psíquica” do magistrado enquanto profere seus atos decisórios máximos, ainda mais quando obtém prévio contato com as provas obtidas ilicitamente, pois, como explica Gabriel Divan (2009, p. 02), eles podem fazer “com que o rigor técnico e a vocação para a proporcionalidade decisória que ele certamente prima ostentar, se transformem (...) em mero apelo caótico do cidadão que ali veste a toga, e lhe fala ao ouvido”.

Feitas tais considerações, esclarece-se que no derradeiro tópico que segue, será analisada a problemática que circunda a “captura psíquica” do magistrado, consoante a seguir verberado.

3.3 A “captura psíquica” do julgador como cerne da problemática advinda da inserção das provas ilícitas no processo penal

Por fim, chegando-se ao ápice da presente pesquisa, é imprescindível a sintética análise psicológica que permeia a atividade do julgador, pois ele, como ser humano que é, ainda que investido de certas prerrogativas, é, em essência, um ser humano sujeito a condições particulares que não se dissociam no momento decisório.

Deve-se observar, neste contexto, que no mesmo lugar em que reside a segurança de se ver julgado por pessoa apta, portadora de todos os requisitos essenciais à atividade judicante, assunção por meio de concurso público, capacidade psicológica para desenvolver seu trabalho, deve-se rememorar, a cada instante, que “cada ser humano – não se esqueça que o juiz pertence a este gênero maior – interpreta o mundo – por que não o processo? – ao seu modo, com todos os seus condicionamentos culturais e a partir do seu espaço histórico” (CARVALHO; ROSA, 2011, p. 48).

Ou seja, reside aí uma das mais complexas questões a serem tratadas em nosso trabalho: os problemas gerados pelo inconsciente do julgador quando ocorre a, por vezes invisível, “captura psíquica” a partir das provas proibidas.

Em primeiro lugar, situando-se a problemática a ser enfrentada, deve-se afirmar que o juiz, como membro máximo do Poder Judiciário, foi dotado de uma função social que deve ser atingida e observada em todos os atos por ele realizados. O magistrado foi encarregado, conforme explica o desembargador Sidnei Agostinho Benetti (2010, p. 381-382), de realizar a justiça na sociedade que o legitimou, ou seja, é ele o por meio de cada decisão que toma.

Em segundo lugar, sob outro relevante aspecto da pesquisa, citando Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2004, p. 80) e rememorando-se qual o papel assumido pela prova no processo penal, tem-se que é ela o “meio que constitui a convicção do juiz sobre o caso concreto ou, também e no mesmo sentido, conjunto de elementos que formam a convicção do juiz, em que pese, sabermos todos, não ser só ela a verdadeira formadora do juízo”.

É exatamente sob este prisma que se findará o presente estudo: o papel desempenhado pelas provas ilicitamente obtidas e inseridas no processo penal, das quais o magistrado teve acesso antes de julgar seu jurisdicionado, diante dos aspectos psicológicos inerentes a todos os seres humanos, inclusive a ele, julgador.

Observe-se que, na esteira do que preleciona Jacinto Coutinho (2004, p. 84), via de regra, por mais que haja uma negativa geral sobre tal prática, é certo que as decisões judiciais são tomadas primeiramente, para somente então buscarem-se os fundamentos para a escolha feita.

Quando isto ocorre de forma consciente, é visível a afronta aos direitos e garantias, mas, quando o inconsciente entra em ação, sem que o magistrado verifique a atuação de suas engrenagens psíquicas na busca por uma motivação desvirtuada, a questão torna-se complexa, cuja resolução é extremamente difícil.

É neste cenário que, adentrando-se, brevemente, em questões técnicas, próprias da psicologia, que se buscará entender, para, ao final, conhecendo o problema, enfrentá-lo com maior propriedade, os modos de atuação do subjetivismo inerente ao ser humano quando obrigado a decidir. Impera ressaltar que o objetivo é conferir uma breve noção destes aspectos, pois impensável seu esgotamento num trabalho destas proporções.

Os estudiosos da seara psicológica apontam que a existência de duas grandes correntes relacionadas às concepções psicológicas do ser humano: uma defendida por Sigmund Freud – a Psicanálise, e outra por Carl Jung – a Psicologia Analítica.

Uma das premissas da concepção freudiana considera, consoante esclarece Lídia Prado (2010, p. 86-87), “o inconsciente como uma instância psíquica constituída do conjunto do material reprimido na história da vida do indivíduo”, neste viés, os componentes psíquicos – id, ego e super-ego – enquanto atuantes na inconsciência do ser humano, atingem sua esfera consciente (DIVAN, 2010, p. 99), que é mera parcela do todo maior que compõe o indivíduo.

De outro lado, Carl Jung, precursor da Psicologia Analítica, desenvolveu a teoria denominada inconsciente coletivo, o qual se trata de “uma estrutura psíquica herdada da evolução da humanidade, renascida em cada indivíduo e que contém padrões de funcionamento que dão a nossa espécie características específicas, os arquétipos” (PRADO, 2010, p. 87). Situando-se a temática ao assunto proposto, resta lembrar que essa teoria dá conta de que “a psique eclode em manifestações inconscientes muitas vezes inesperadas e inoportunas (...), e tem o condão de guiar, finalisticamente, nossa atividade ‘racional’” (DIVAN, 2010, p. 142).

É sob esta concepção que o problema trazido por Jacinto Coutinho e reforçado por Gabriel Divan (2010, p. 142) ganha relevância: a decisão judicial, outrora defendida como racionalista, transforma-se em uma representação psíquica particular, muitas vezes sequer percebida pelo magistrado, que decide, com base em qualquer elemento (inclusive provas ilícitas), e somente busca no caderno probatório coligido ao processo, fundamentos legítimos para a escolha tomada, posto que não existem, em muitos, casos razões legítimas para esta ou aquela preleção.

Aury Lopes Júnior (2011, p. 136), refere que estes processos psicológicos levam a formação de pré-juízos sobre condutas e pessoas, de modo que é impossível saber se o magistrado reúne condições de manter o afastamento interior necessário à sua atuação profissional, como forma assecutória dos direitos consagrados constitucionalmente.

Além disto, diante do quadro psicológico e utilizando as comuns classificações de indivíduos (juízes) propostas por David Zimerman pode-se, no mundo jurídico, encontrar magistrados com características depressivas, paranóides, maníacas, esquizoides, fóbicas, obsessivas, histéricas, psicopáticas, falsas ou narcisistas.

David Zimerman (2010, p. 128-131), aponta caracteres psíquicos que podem estar presentes em qualquer indivíduo e, inclusive, no magistrado, os quais, contudo, se ultrapassarem o limite do saudável, podem afetar sistematicamente a validade das decisões tomadas.

Neste contexto, o julgador depressivo valora as questões postas à sua análise com base na autodesvalia, já o paranóide mantém-se numa constante posição defensiva, contra-atacando determinadas atitudes. O magistrado com personalidade maníaca possui um juízo de valores superlativo, que pode, facilmente, transformar-se em ira. Os juízes esquizoides apresentam-se de forma indiferente e arrogante em relação aos demais, enquanto os fóbicos costumam dissimular seus medos, possuindo dificuldades em decidir questões complexas. Os obsessivos podem assumir-se implacáveis e radicais em suas ponderações, enquanto os histéricos, diante da manutenção de um rígido controle sobre si mesmos, desgastam-se emocionalmente com grande facilidade. De seu lado, os juízes histéricos revelam uma instabilidade de humor decorrente da incapacidade de tolerar frustrações, enquanto os sociopáticos não possuem compromisso com a verdade ou mesmo consideração pelos demais. Ao final, os magistrados com personalidade falsa aparentam ser aquilo que, em verdade, não são, e os narcisistas possuem uma exagerada valorização de si mesmos (ZIMERMAN, 2010, p. 128-131).

É certo, contudo, que a grande maioria dessas figuras, quando demasiadamente impregnadas dos caracteres acima mencionados, tornam-se um perigo ao procedimento judicial, pois seus subjetivismos podem-se revelar e colocar abaixo as garantias constitucionais estudadas no primeiro capítulo.

Deixando-se, momentaneamente, fora de foco os aspectos psicológicos acima citados que, ao final, serão novamente rememorados, passa-se à análise da sistemática do pensamento ou primado das hipóteses sobre os fatos.

É nesta senda que Jacinto Coutinho (2004, p. 86) revela que a praxe forense é tomar a decisão sobre a questão posta à julgamento para, só então, buscar elementos que a legitimem: “decide-se antes (o que é normal, no ser humano, repita-se); e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha”.

Este fenômeno, embora real e comum, é deveras perigoso, pois é plenamente possível que o magistrado, deparando-se com a prova cabal da condenação do acusado verifica tratar-se de meio obtido ilicitamente que não poderá, em circunstância alguma, utilizar-se para motivar sua decisão, que passa a ser, a partir do momento em que a verifica, condenatória. A ele resta, somente, buscar outros elementos que disfarcem seu propósito inicial.

No exemplo acima citado, torna-se visível que a decisão, se não derivasse de uma forma esdrúxula de sistematização do pensamento, talvez não teria sido adotada pelo magistrado, que, diante das provas coligidas ao processo, talvez entenderia não serem capazes de ensejar o ato decisório condenatório prolatado diante da existência e conhecimento sobre as provas ilícitas.

Neste contexto, a atividade recognitiva do juiz apresenta-se eivada de vícios formais, os quais não são comprováveis facilmente, pois produzidos nas entranhas do malfadado subjetivismo.

Michelle Taruffo (2001, p. 172) explica que a dificuldade de demonstrar a alteração da “correta” ordem de prolatar-se uma decisão deriva da existência de “raciocínio estruturalmente complexo e heterogêneo, no qual se encontram e se baralham diversas dimensões lógicas, linguísticas, cognoscitivas e de argumentação”, tornando humanamente impossível o apontamento substancial disto, buscando-se eventual anulação do processo.

De outro viés, Lênio Streck (2010, p. 58), critica ferrenhamente a ideia de solipsismo, referindo que o indivíduo solipsista nada mais é do que um ser egoísta, que tende a afirmar que a verdade será aquela dada por si próprio, a partir dos liames de sua consciência, rechaçando, portanto, a possibilidade de que um indivíduo venha a decidir somente de acordo com seu consciente.

Sobre o assunto, assim manifestou-se Lênio Streck:

Desse modo, quando falo aqui (...) de um sujeito solipsista, refiro-me a essa consciência encapsulada que não sai de si no momento de decidir. É contra esse tipo de pensamento que volto minhas armas. (...) Ora, definitivamente, depois do giro ontológico-linguístico, não é mais possível pensar que a realidade passa a ser uma construção de representações de um sujeito isolado (solipsista). O giro ontológico-linguístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo. (2010, p. 59)

Concluindo suas concepções e coadunando-se com as ideias acima lançadas, Lênio Streck (2010, p. 93-94) afirma que o perigo da discricionariedade, aqui vista como a eleição de elementos processuais justificadores de uma decisão tomada pelo inconsciente, é reduzir as coisas “aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à dis-posição de um protagonista (interprete lato sensu)”. Nesta senda, o combate ao subjetivismo e suas facetas (discricionariedade, ativismo e positivismo), é mencionado pelo autor como medida imprescindível a ser alcançada, pois representa verdadeiro compromisso com a Constituição Federal, conforme anteriormente citado (STRECK, 2010, p. 110).

Ademais, verifica-se, conforme explica Michelle Taruffo, que

o verdadeiro problema, portanto, não é o de demonstrar ou negar que o juiz *vá além* do Direito. Que isso acontece é óbvio, e, além do mais, o Direito não pode ser concebido como algo autônomo e destacado da realidade social e da cultura em cujo seio o juiz atua. Na realidade, o verdadeiro problema consiste em compreender o que acontece quando o raciocínio do juiz vai além dos confins daquilo que convencionalmente se entende por *Direito* e em individualizar as garantias de racionalidade e razoabilidade, de confiabilidade, de aceitabilidade e de controlabilidade dos numerosos aspectos da decisão judiciária que verdadeiramente não são nem direta nem indiretamente controlados ou determinados pelo Direito. (2001, p. 172-173)

Diante de tal norte, tem-se que a sistemática do pensamento, aliada às questões subjetivas intrínsecas ao ser humano, revelam ser inegável que o juiz ultrapassa, em muito, as amarras do direito e, por vezes, as garantias legalmente asseguradas aos indivíduos, afrontando, talvez, até mesmo a Carta Magna.

É de se reforçar, ao final deste trabalho, que a busca empreendida inicialmente foi atingida, a lógica construída permitiu verificar que as provas ilícitas, a partir do momento em que inseridas no processo penal o tumultuam e agem em notório prejuízo às partes, diante dos aspectos subjetivos mencionados.

Quanto a eventuais inquirições sobre a resolução de tal questão, impera esclarecer que não está ao alcance de qualquer pessoa estabelecer parâmetros passíveis de verificação de que a subjetividade não atua com demasia importância nas decisões prolatadas pelos magistrados, entendendo-se, suficiente, a discussão sobre o assunto com vistas a fugir do aconchegante comodismo que assola à comunidade acadêmica hodierna.

Assim, entendendo-se a problemática que circunda as decisões judiciais prolatadas em processos que tiveram, em algum momento, a participação das provas ilícitas, essencialmente diante da “captura psíquica” que tais elementos operam no psiquismo do magistrado na composição e sistemática de seu pensamento, atrelado, ainda, ao dever de observância do princípio da imparcialidade (o qual não corresponde exatamente à noção de juiz imparcial, que é defendida por alguns como algo inatingível), pode-se concluir que deve permear na esfera processual penal a busca, quanto às decisões judiciais, o conhecimento do magistrado de que (e como) o subjetivismo atua na formação destas, promovendo-se uma busca no aperfeiçoamento do ato de decidir, para que não continue existindo (infelizmente) comuns infringências à Constituição Federal, pois, num mundo globalizado, não é mais permitido a aquiescência com questões que, embora de difícil resolução, afetem o mundo em concreto, como a estudada nesta pesquisa.

CONCLUSÃO

Em razão de todo o exposto e sintetizando-se o presente trabalho para, ao final, apresentar-se a conclusão que se logrou chegar, calha referir que a Constituição Federal pátria, porquanto representativa de uma sociedade avançada, sedimentou, em seu texto, direitos e garantias basilares, cuja força impositiva deriva dos princípios, que nada mais são do que a essência do sistema jurídico, haja vista que enquanto servem como orientadores à atividade judicante são também limitadores desta.

Durante o deslinde desta pesquisa preocupou-se com o estudo de dois princípios basilares ao objetivo proposto: a jurisdicionalidade e a imparcialidade. A jurisdicionalidade mostrou-se relevante na medida em que sua amplitude, decorrente do caráter de atividade estatal solucionadora de conflitos, abarca vasta gama de princípios essenciais para a obtenção de um justo julgamento aos indivíduos submetidos ao processo penal, tais como o acesso à justiça e o devido processo legal.

Por seu turno, a imparcialidade, complementando o ideário da jurisdicionalidade sob a ótica de seu dever de inércia, é o princípio constitucional que objetiva garantir ao indivíduo o julgamento proferido por juízes isentos de pré-conceitos que, porventura, possam acarretar prejuízos à imparcialidade do ato decisório.

Veja-se que o dever de motivação das decisões judiciais é decorrência absoluta do dever de imparcialidade do magistrado, na medida em que visa controlar o teor e a razão de ser dos atos decisórios dos julgadores e encontra respaldo no sistema jurídico processual acusatório, sob o qual o direito pátrio deve centrar-se.

Ademais, os princípios da imparcialidade e jurisdicionalidade são forma limitadora da atividade probatória desenfreada, sendo elementos fundamentais no controle e garantia dos preceitos fundamentalmente previstos na Constituição Federal.

Nesta seara, é sabido que o processo penal objetiva, ao cabo, a aplicação do direito mediante a prolação de uma decisão obtida a partir do conhecimento dos fatos passados, que ensejaram o processo. Tal atividade se dá por meio das provas, que servirão, fundamentalmente, à formação do convencimento do magistrado, possibilitando-lhe, exarar suas decisões.

Dada à importância assumida pelas provas no cerne processual, pois é apenas a partir daquelas insertas nos autos que o magistrado poderá fazer uso no momento de sua decisão, a Constituição Federal determinou a proibição da utilização de certa categoria probatória, porquanto obtidas em desfavor de direitos e garantias primordialmente positivados.

Nesta senda, o legislador estabeleceu, como medida de assegurar aos indivíduos seus direitos, a vedação ao uso das provas consideradas ilícitas, isto é, as foram obtidas em desrespeito as normas constitucionais ou de direito material. Tal proibição estende-se, inclusive àquelas provas que forem derivadas destas, nas quais o nexo causal é evidente.

Diante da grave ofensa que representam ao direito e, primordialmente, ao indivíduo, as provas ilícitas, em que pese a existência de entendimentos em contrário, devem ser extraídas do processo penal, com o fito de evitar maiores prejuízos ao bom andamento processual.

O problema reside na circunstância em que, muito embora a prova que foi obtida ilicitamente tenha sido extraída do processo, lá esteve até que o magistrado a concebesse como proibida, determinando seu desentranhamento, o qual, para tanto, necessitou analisá-la e, por consequência, passou a conhecer seu conteúdo.

Nesta senda, a pesquisa centrou-se em descobrir a ocorrência, ou não, de ofensa aos direitos constitucionais do indivíduo, cujo processo a que estava sendo submetido teve inserido em si provas ilícitas, ainda que posteriormente desentranhadas. Em razão disto, analisaram-se questões como a neutralidade, a imparcialidade, a “captura psíquica” e a sistemática do pensamento dos magistrados (e, também, dos indivíduos como um todo).

Sob esta ótica, concluiu-se pela inexistência da figura de um juiz neutro, prolator de decisões exaradas com base unicamente na razão, cuja existência deve-se, em muito, ao pensamento positivista-racionalista que predominou no direito por longo tempo. Ao contrário, entendeu-se que o magistrado, enquanto ser humano incapaz de afastar-se de tal caractere, até mesmo quando assume a posição de julgador, está impregnado do subjetivismo que lhe é inerente, o qual pode acompanhar, ainda que camufladamente, as decisões tomadas.

Diante do reconhecimento da atuação do subjetivismo na atividade judicante, enfrentou-se a problemática ocasionada pelas provas ilícitas nesta senda: os perigos existentes numa motivação desvirtuada, partindo-se do pressuposto que, quando da ocorrência disto, o magistrado acreditava estar decidindo daquele modo unicamente em razão das provas existentes no processo penal, e não daquelas cuja lei (e ética) não lhe facultam fazer uso, as ilícitas.

Neste contexto, estudou-se a sistemática adotada pelo pensamento quando da elaboração das decisões, partindo-se do pressuposto que o indivíduo, e por consequência lógica, o magistrado, primeiramente tomam sua decisão para, somente então, procurar no processo razões que a fundamentem.

Portanto, as provas ilícitas, diante do fascínio daquilo que revelam, podem, invariavelmente, impregnar o julgador de suas ideias basilares, o qual, mesmo não podendo fazer uso destas para decidir, o faz, seja conscientemente, seja por meio das atividades psíquicas que ocorrem em sua mente. As provas ilícitas, em seu caráter nefasto, parecem brilhantes e chamativos anúncios que não podem passar despercebidos de seus interlocutores, acionando os mecanismos psicológicos, estruturantes de seu ser e agir.

Entende-se, em razão disto, que a simples e breve inserção das provas ilícitas no processo penal, por afetarem subjetivamente o magistrado, são verdadeira afronta aos princípios constitucionais da imparcialidade e da jurisdicionalidade, revelando verdadeiro desrespeito às garantias insertas na Constituição Federal ao indivíduo, que sequer ficará sabendo dos reais motivos da desfavorável decisão que obteve contra si.

Como dito alhures, a sistemática do pensamento permite que o julgador oculte sua verdadeira motivação, fazendo com que o dever jurídico de motivar as decisões seja apenas um instrumento dificultador para a prolação das decisões, mas jamais um impeditivo de violação dos direitos constitucionais assegurados.

É certo, contudo, que por mais evidente que seja o desrespeito às garantias constitucionais, o ser humano, juristas e legisladores em sua maioria, continuarão negando o problema acarretado pela “captura psíquica” do magistrado operada pelas provas ilícitas inseridas no processo penal, pois, se resistirem à existência da problemática, não precisarão empreender esforços para resolvê-la.

Inegável, portanto, que a problemática existe, mas, fazer com que, embora conhecido, seja tolerado, é situar-se no confortável banco do senso-comum, em que nada é feito além de, vagamente, conhecer a situação. Por entender-se ser espinhento o assento do comodismo, é que nos propomos a presente pesquisa: conhecer e discutir o problema já é um grande passo quando não nos resta, no momento, outra atitude a ser tomada.

É, pois, diante de tudo isto, que se acredita ser medida primordial para a busca de soluções ao problema proposto o (re)conhecimento dos modos com que o subjetivismo,

inerente ao ser humano, atua em seu psiquismo, haja vista que se negar a existência do problema é o primeiro passo para não solucioná-lo.

Em razão disto, além do debate, sugere que o procedimento de correção das falhas e prejuízos decorrentes do uso das provas ilícitas no processo seja, além da incansável discussão das questões afetas à atuação do subjetivismo, seja a continuada melhoria na formação dos operadores do direito e, principalmente, dos magistrados, seja, por meio de cursos de aperfeiçoamento, seja por meio de melhorias na estrutura educacional da faculdade ou, ainda, de sistemático acompanhamento psicológico, para que, conhecendo a si mesmo, o julgador reconheça suas limitações, aprimorando sua atuação, sempre em prol dos direitos e garantias assegurados aos indivíduos.

Talvez a única solução eficaz seja aquela arguida por Amilton Bueno de Carvalho, na medida em que afirma que o julgador, reconhecendo o poder que circunda o ato de julgar alguém e sua pequenez como ser humano para tanto, o impeça de liberar o monstro que traz em si (2011, p. 17-18):

Tenho medo do poder de julgar. Tenho medo do poder daquele que tem o poder de me julgar. Tenho medo do poder que tenho de julgar o outro. Tenho medo-de-mim-mesmo quando julgo. Talvez, talvez e somente, talvez, o medo que se tenha do poder seja o elemento possível de tentar domesticar a “fera” do poder que nos é dado.

Conclui-se, assim, a presente pesquisa, que além do objetivo de lograr a colação de grau, teve por escopo o fomento à discussões escassas na doutrina, mas que revelam-se fundamentais aos operadores do direito, que podem decidir a vida e o destino de outros seres humanos, tais como eles (nós) próprios.

REFERÊNCIAS

ABREU, Nylson Paim de. Princípio do juiz natural. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 17, n. 09, p. 15-33, set. 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21143/princ%C3%ADpio_juiz_natural.pdf?sequence=1>. Acesso em 29 set. 2011.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALENCAR, Rosmar; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 6.ed. Salvador: Editora Jus Podvim, 2011.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade**: uma análise da colisão entre os princípios da proteção penal eficiente e da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos. 2006. 295 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2006.

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

BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. **O mito da neutralidade do julgador**. Disponível em: <www.amb.com.br/portal/docs/artigos/o_mito_neutralidade_marcos_bandeira.pdf>. Acesso em 27 set. 2012.

BARBIERO, Louri Geraldo. **Sem magistratura independente, não há democracia**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=1049>. Acesso em 03 jun. 2012.

BARBOSA, Charles; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Reflexões filosóficas sobre a neutralidade e a imparcialidade no ato de julgar**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reflex%C3%B5es-filos%C3%B3ficas-sobre-neutralidade-e-imparcialidade-no-ato-de-julgar>>. Acesso em: 24 set. 2012.

BARROSO, Frederico Sousa. **Provas ilícitas**: confronto entre as liberdades públicas e a efetividade do processo judicial. Disponível em: <www.escolamp.org.br/arquivos/11%Concurso%20de%20monografias_03.pdf>. Acesso em 22 dez. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. Princípios constitucionais do processo penal: questões polêmicas. **Revista do Tribunal Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 17, n. 5, p. 18-29, maio 2005. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br/>>. Acesso em: 13 set. 2011.

BENETTI, Sidinei Agostinho. O juiz no interior: função social da personalidade do juiz. *In*: ZIMERMAN E COLTRO (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3.ed. Campinas: Millennium Editora, 2010, p. 381-386.

BERGMANN, Érico R. **Prova ilícita**: a Constituição de 1988 e o princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1992.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 07 jun. 2012.

_____. **Código Penal**. Brasília, DF, 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 02 jun. 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 jun. 2012.

_____. **Decreto n. 678**. Brasília, DF, 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 02 jun. 2012.

CAGLIARI, José Francisco. **Prova no processo penal**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/299c16.pdf>>. Acesso em 11 ago. 2012.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Servanda Editora, 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

_____; ROSA, Henrique Marder da. A radicalização garantista na fundamentação das decisões: uma abordagem a partir do tribunal. *In: Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 43-53.

COGAN, Luiz Alexandre Cyrilo Pinheiro Machado. Processo penal constitucional: uma análise principiológica. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**. São Paulo: [s.n], n. 1, p. 91-114, jan/jun. 2009.

COLLI, Maciel. **Decisão judicial, influência do inconsciente e ilusão de neutralidade da prestação jurisdicional**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=10432>. Acesso em: 07 mai. 2012.

CONSTANTINO, Lúcio de. Resenha sobre a decisão certa. In: COSTA E PEREIRA NETO (Org.). **As ciências criminais em debate 2**. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2007, p. 196-208.

CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **A autonomia e a imparcialidade de juízes, promotores e advogados**. Disponível em: <http://wwwh.cnj.jus.br/portal/images/imprensa/direitos_humanos/capitulo%204%20-%20human%20rights%20in%20the%20administration%20of%20justice%20portuguese.pdf>. Acesso em: 30 set. 2012.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão; MAGALHÃES, Ana Luiza de Carvalho. O acesso à justiça e a efetividade da prestação jurisdicional: o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal inserido pela EC 45/2002. **Revista de Processo**, v. 138, ago.2006. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000137944bddflaleeffc0&docguid=Ic43b15c0f25611dfab6f010000000000&hitguid=Ic43b15c0f25611dfab6f010000000000&spos=48&epos=48&td=4000&context=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 28 mai. 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *In: **Revistas de Estudos Criminais***. Sapucaia do Sul: Notadez Informações Ltda., 2004, n. 14, p. 77-94.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, 1998, n. 30, p. 163-198. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1892/1587>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

DECIDIR. *In: **Moderno dicionário da língua portuguesa***. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>. Acesso em 05 out. 2012.

DECISÃO. *In: **Moderno dicionário da língua portuguesa***. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>. Acesso em 05 out. 2012.

DEMO, Roberto Luis Luchi. A jurisdição penal brasileira: desenho em relação ao espaço e às pessoas: concorrência de jurisdições nacional e estrangeira: conseqüências de sua ausência ou deficiência. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 215-232, jan/jun. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18640/A_Jurisd%C3%A7%C3%A3o_Penal_Brasileira.pdf?sequence=2>. Acesso em: 24 mai. 2012.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão judicial nos crimes sexuais**: o julgador e o réu interior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Decisão penal, discurso e ética**: sobre poderes e responsabilidades. Disponível em: <<http://gabrieldivan.wordpress.com/artigos>>. Acesso em 05 out. 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. E o juiz não é só direito: ou a função jurisdicional e a subjetividade. *In*: ZIMERMAN E COLTRO (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3.ed. Campinas: Millennium Editora, 2010, p. 263-274.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FIORATTO, Débora Carvalho. et. al. **As provas ilícitas no processo penal**: avanços e retrocessos. Disponível em: <http://www.fdm.pucminas.br/Virtuajus/2_2009/Docentes/Provas%20Illicitas.pdf>. Acesso em 17 ago 2011.

FIORI, Ariane Trevisan. O dever de motivação das decisões penais como garantia política e processual. **Revista Ibero Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-Americanos de Ciências Penais, 2003, n. 08, p. 73-87.

FONSECA, Rodrigo Garcia. **Das provas ilícitas no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/717/R167-06.pdf>>. Acesso em 12 set. 2011.

FYSCHINGER, José Francisco de. O desastre inquisitório na relação do juiz criminal com a investigação preliminar e a ação penal no processo brasileiro. *As ciências criminais em debate*. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2007, v. 02, p. 154-195.

GARCIA, Flávio Cardinelle. **Considerações sobre o direito à prova no processo penal**. Disponível em: <www.epm.sp.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2012.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. **Revista de Processo**, v. 29, jan. 1983. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000137b045a9c4405923a9&docguid=I10005ce0f25711dfab6f010000000000&hitguid=I10005ce0f25711dfab6f010000000000&spos=63&epos=63&td=65&context=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 02 jun. 2012.

_____ ; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

HARTMANN, Érica de Oliveira. A motivação das decisões penais e a garantia do artigo 93, IX, da Constituição da República. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 38, p. 131-150, mai. 2005. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1765/1462>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

JORGE JÚNIOR, Nelson. O princípio da motivação das decisões judiciais. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP** - ISSN 1974-1094. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/735/518>>. Acesso em 29 set. 2011.

KÄSSMAYER, Karen. **A justiça pessoal do juiz na busca pela imparcialidade**. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=255>>. Acesso em: 30 set. 2012.

LEITE, Gisele. **Aspectos diferenciadores da jurisdição penal (ou a Cinderela do Direito Processual)**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=6384>. Acesso em 24 mai. 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Éric Alexandre Lavoura. As decisões processuais penais: análise crítica do sistema atual e tendências da legislação projetada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011, n. 90, p. 247-287.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 7.ed. vol. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

_____. Tese Doutoral *apud* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**, 7.ed. vol. I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

_____; DI GESU, Cristina Carla. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 14-16, jun. 2007.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de J. Alves de Sá. 2. ed. Lisboa: A. M. Teixeira & C.^a, 1927.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia científica**. 6.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Uma crítica a três certezas juspositivistas e a busca de outro paradigma hermenêutico**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32960-41214-1-PB.pdf>>. Acesso em 26 set. 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. 2.ed. vol. I. Campinas: Millennium, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2.ed. vol. II. Campinas: Millennium, 2000.

MARTELETO FILHO, Wagner. Sistema acusatório e garantismo: uma breve análise das violações do sistema acusatório no Código de processo penal. **Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 12, p. 193-217, jan/jun. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28044>>. Acesso em: 24 mai. 2012.

MARTINS, Charles Emil Machado. **A reforma e o “poder instrutório do juiz”**; será que somos medievais?. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/charlesemi.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2012.

MAYA, André Machado. **A imparcialidade como nota essencial da atividade jurisdicional**. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Ciencias_Criminais/72109-ANDRE_MACHADO_MAYA.pdf>. Acesso em: 12 set. 2011

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral: comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. 9.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____. Provas ilícitas e proteção aos direitos humanos fundamentais. **Boletim IBCCRIM**, n. 63, p. 13-14, 1998. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=1270>. Acesso em 27 ago. 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal**. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 02 jun. 2012.

PARDO, David Wilson de Abreu. A racionalidade da decisão judicial na teoria dos princípios. **Revista do Tribunal Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 14, n. 11, p. 50-66, nov. 2002. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21496/racionalidade_decisao_judicial_teor ia.pdf?sequence=1>. Acesso em 05 out. 2012.

PEREIRA NETO, Luiz Fernando. Reflexões sobre o valor probatório da prova ilícita no processo penal. In: COSTA E PEREIRA NETO (Org.). **As ciências criminais em debate 2**. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2007.

PFAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos direitos fundamentais. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 09, n. 85, p. 92-107, jun./jul. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/Artigos/PDF/MichelliPfaffenseller_Rev_85.pdf>. Acesso em 21 mai. 2012.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A ampliação da visibilidade nos julgamentos criminais. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**, p. 219-235, 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2012.

_____. Verdades no processo penal. **Boletim Informativo IBRAPP**, n. 01, p. 12-13, 2011. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/08/boletim-IBRAPP-n.-01.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2012.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. Racionalidade e emoção na prestação jurisdicional. In: ZIMMERMAN E COLTRO (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica**. 3.ed. Campinas: Millennium Editora, 2010, p. 85-102.

RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. **Considerações acerca da teoria geral da prova penal e suas implicações constitucionais**. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 11 ago. 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 14.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.

SILVA, Marco Antônio Marques. A efetividade no acesso à justiça. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 17, jan. 2006. Disponível em: <

<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad8181500000137944bddf1a1eefc0&docguid=If31b8db0f25711dfab6f010000000000&hitguid=If31b8db0f25711dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=4000&context=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em 28 mai. 2012.

SOARES, Bárbara de Moraes Ribeiro. **Do princípio do juiz natural e a Emenda Constitucional nº 45/2004.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/capa.php?jur_id=8293>. Acesso em 02 jun.2012.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SZANIAWASKI, Elimar. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR.** Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1841/1537>>. Acesso em 29 set. 2011.

TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *In: Revista da Escola Paulista de Magistratura.* São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001, n. 02, p. 171-204.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, Ana Paula Furlan. Prova ilícita: *unauthorized evidences.* **Revista Direito & Justiça.** Acesso em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/8249/6237>>. Acesso em 26 ago. 2012.

THUMS, Gilberto. O mito sobre a verdade e os sistemas processuais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Criminais.** Porto Alegre: Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-Americanos de Ciências Penais, 2003, n. 08, p. 89-106.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VARALDA, Renato Barão. **Visão ampliada do sistema de admissibilidade de provas.** Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/exibir_artigos.php?id=1222>. Acesso em 24 ago. 2012.

VENTURA, Paulo Roberto Leite. **O juiz criminal:** entre a neutralidade, os direitos fundamentais e a pressão social pelo combate à criminalidade. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=98f77d1c-33a2-4eaf-9fee-30ca142a5555&groupId=10136>. Acesso em: 24 set. 2012.

ZIMERMAN, David. A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional: a crise do magistrado. *In*: ZIMERMAN E COLTRO (Org.). **Aspectos psicológicos na prática jurídica.** 3.ed. Campinas: Millennium Editora, 2010, p. 125-136.