

AUTO-INCRIMINAÇÃO E ILICITUDE NA OBTENÇÃO DA PROVA – A LIMITAÇÃO DO PODER

SELF-INCRIMINATION AND ILEGAL WAYS OF GETTING EVIDENCE - LIMITATION OF POWER

LEONARDO COSTA DE PAULA

Mestrando em Direito Público e Evolução Social, linha de pesquisa Acesso a Justiça e Efetividade do Processo pela UNESA-RJ, pós-graduado em Direito e Processo Penal, pós-graduado em Docência do Ensino Superior ambas pela UCAM-RJ e advogado criminalista com atuação centrada no Rio de Janeiro.

RESUMO

O estudo realizado se insere na área do Processo Penal, no tocante à utilização da prova obtida por meio ilícito. O método utilizado é a revisão crítica de bibliografia. Através de um corte histórico, é possível verificar abusos presentes na forma de proceder do Estado quando se busca uma ilusória verdade real, no processo penal. Tal suposta verdade permitiu toda espécie de abusos e arbitrariedades, o que demonstra a ação impiedosa e injusta de um Estado opressor. No contexto do Estado Democrático de Direito, é imperioso definir que a forma resguarda interesse na legitimação do poder de segmentos sociais representados pelo Estado, quando da verificação da prática de um crime. Porém, considerando a principiologia constitucional vigente, essa prática jamais pode ensejar a possibilidade de limitar a vedação da auto-incriminação compulsória, eis que a Lei Maior impede que o Estado mitigue direitos, para alcançar uma verdade que não poderá se enquadrar no *status* de democrática.

PALAVRAS-CHAVE: PODER PUNITIVO; ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; PROTETIVIDADE DO PROCESSO PENAL; PROVAS OBTIDAS POR MEIOS ILÍCITOS; VEDAÇÃO DA AUTO-INCRIMINAÇÃO COMPULSÓRIA

ABSTRACT

This analysis is inserted in the studies of Criminal Procedure, and it concerns to the use of evidence obtained by illegal means. The method used is the critical review of literature. By considering specific moments in history, it is possible to observe abuses committed by the State while seeking an elusive real truth in the criminal proceedings. This supposed truth allowed all sorts of abuse and arbitrariness, which demonstrates the ruthless and unfair action of an oppressive state. In the context

of a Democratic State, it is imperative to define that the form of the procedure protects the interest in legitimizing the power of a social group represented by the State, when a crime is verified. However, considering the current constitutional set of principles, this practice can never give rise to the possibility of limiting the prohibition of compulsory self-incrimination, behold, the highest law prevents the State to mitigate rights in order to search for a truth that could not fit in the status of democratic.

KEYWORDS: PUNITIVE POWER; DEMOCRATIC STATE; PROSTHETIC CRIMINAL PROCEDURE, EVIDENCE OBTAINED BY ILLEGAL WAYS; SELF-INCRIMINATION COMPULSORY.

INTRODUÇÃO

A despeito de evidenciar um raciocínio tautológico, cabe iniciar pelo fim, e terminar pelo começo, permitindo se entender o raciocínio em sua totalidade. Apesar de se limitar uma regra de metodologia, será necessário pinçar, de pronto, citação de Luigi Ferrajoli⁶⁷⁶ quando expõe que o que se perquire fundado numa busca de reparação pelos crimes trouxe a lume, na verdade, uma das maiores mazelas e agressões produzidas à sociedade, o que é imprescindível para a consideração final. Conforme palavras textuais do referido pensador:

Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un costo de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos.

Essa citação é muito esclarecedora, para demonstrar a finalidade a que se propõe o Estado Democrático de Direito, principalmente porque, atualmente, é necessário que o processo penal seja democrático e justo, não permitindo que excessos e arbitrariedades. Nessa linha de pensamento, cumpre ter em mente a tendência de o poder se dilatar e espriar o máximo possível, tendendo ao infinito, o que não é admissível em países constitucionais que se orientam para garantir os direitos fundamentais.

Nesse passo, cabe assumir postura crítica quanto à função do Estado, quando da persecução penal, se haveria a mera intenção de aplicação do direito ao caso concreto, visão tradicional importada do Direito Processual Civil, ou se esse paradigma deve ser modificado.

⁶⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5 ed. Madrid: Trotta, 2006, p. 365. disponível em português: “Contrariamente à idéia fantasiosa de Defesa Social, não é exagerado afirmar que o conjunto de penas conminadas na história produziu para o gênero humano, um custo de sangue, de vidas e de todas as humilhações incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.”, *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002, p, 310.

Depois da estruturação do patamar em que se encontra a discussão, apresentam-se as classificações doutrinárias acerca da prova, obtida por meios ilícitos e as divagações doutrinárias pertinentes, abarcando também, de forma sucinta, pela brevidade do presente estudo, a teoria das árvores venenosas.

No capítulo final, enfrenta-se o princípio do *nemo tenetur se detegere*, que deve ser analisado como o enfrentamento da busca irracional pela verdade, ignorando os ditames processuais e constitucionais processuais, o que traz a lume a análise da impossibilidade de intervenção corporal, sem consentimento do acusado.

1 – DO EXCESSO NO PODER DE PUNIR

Quando se confere ênfase à idéia de garantir os direitos dos indivíduos em uma sociedade, é necessária uma digressão acerca de como, historicamente se colocavam em prática algumas maneiras de persecução do cidadão acusado de alguma conduta tida como delituosa.

A limitação do poder público, no que concerne ao agir estatal frente ao cidadão deve ser analisada de acordo com a esfera de ingerência do Estado na liberdade do indivíduo, destacando-se em tal limitação o princípio do devido processo legal, que se apóia nas liberdades fundamentais do indivíduo⁶⁷⁷ e na restrição dos arbítrios estatais.

Nessa ordem de argumentação, merece relevo a identificação da ilicitude do meio para obtenção de provas e a vedação de produção de provas compulsoriamente permeia dois cortes históricos imprescindíveis: o período da Inquisição, em que se configurava a liberdade estatal plena e o momento de codificação do atual Código de Processo Penal, oriundo de 1941.

1.1 ARBITRARIEDADE COM FORMA PLENAMENTE AVILTANTE

Como sugerido, historicamente, o Estado atuou arbitrariamente de diferentes formas contra o indivíduo. Dessa forma, o princípio que se vincula com o resguardo da forma é o Devido Processo Legal, que, de origem esteve presente, quando da positivação na *Carta Magna Libertatum*, em 1215 por João Sem Terra, na Inglaterra. Claramente, tal disposição deveria inibir o poder do Rei soberano, beneficiando a segurança jurídica dos súditos, o que se transformou em modelo para os governos que tenham um mínimo de identificação com a democracia.⁶⁷⁸

Na parte final do artigo 39 da Carta das Liberdades, foi incluída a cláusula do devido processo que, por tradução livre, indica que:

⁶⁷⁷ BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 5.

⁶⁷⁸ SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 100.

*Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.*⁶⁷⁹

Entretanto, não foi nesse momento que houve a mudança efetiva dos arbítrios estatais, tão pouco na persecução penal. A *Court of Star Chamber* criada no século XV na própria Inglaterra, quando já era vigente o princípio do devido processo legal, existiu até o século XVII⁶⁸⁰, ilustrando tais arbítrios. Tal corte foi muito conhecida pelas táticas inquisitoriais e pela maneira desumana por meio da qual conseguia a confissão dos acusados.⁶⁸¹

Em 1628, uma petição do Parlamento Inglês requeria novamente que fossem observados os preceitos constantes na *Carta Magna Libertatum*; daí originando-se, em 1679, o *habeas corpus act*.⁶⁸²

Ainda quando se trata de arbítrios estatais no processo penal, cumpre contemplar a evolução da pena, haja vista a íntima relação entre o tratamento teórico e prático, conferido historicamente ao conceito e sua evolução no contexto do Direito Processual Penal. Esse vínculo já foi mencionado por Aury Lopes Jr.⁶⁸³, quando esclarece que o processo penal é o meio pelo qual se alcança a pena; ou seja, quando o Estado exercita o poder de punir, já que as mudanças da primeira se confundem com as mudanças do segundo.

Etimologicamente, pena deriva do latim *poena*, que remete à noção de castigo, sofrimento, mágoa; entretanto, atualmente, pelo menos no plano teórico, é direcionado a pelo menos um fim, qual seja, o de ressocializar o indivíduo, o que não existia em um Estado arbitrário e repressor.

Para focar a questão da arbitrariedade estatal, é oportuno recorrer a Michel Foucault⁶⁸⁴, quando se refere à pena de suplício de um condenado em 1757. O horrendo relato da pena capital trazido pelo citado autor serve para que se verifique o alcance da arbitrariedade estatal. Tal sistema de penalização não se preocupa com o fim da pena, sendo o acusado mero objeto de investigação.

Um dos relatos mais marcantes que pode ser trazido é o caso de Damians, que foi condenado por parricídio, sendo exposto ao ridículo, de camisola (considerado nu para os padrões da época),

⁶⁷⁹ SEM TERRA, João. *Magna Carta – the great charter*. Disponível em: <<http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/index.html#>> acesso em 18 de maio de 2008. Na qual se disponibiliza uma foto da original e a tradução para o inglês.

⁶⁸⁰ VARGAS, João Protásio Farias Domingues De. *Direito Inglês (desenvolvimento histórico e organização judiciária)*. Disponível em: <http://paginas.terra.com.br/arte/protasiovargas/di_ring_art1.htm>, acesso em 25 de maio de 2008.

⁶⁸¹ SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 103

⁶⁸² *idem*, p. 106.

⁶⁸³ LOPES JR. Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 2.

⁶⁸⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 34 ed. Tradução de Raquel Ramallete, Petrópolis: Vozes, 2007, p. 09 a 10.

em seguida teve diversas partes arrancadas do corpo, com uma espécie de pinça utilizada para tortura, sendo aplicado chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo cera e enxofre nas aludidas partes. Em seguida, seu corpo teria sido esquartejado com o auxílio de seis cavalos e, posteriormente sendo queimado.⁶⁸⁵

Paulatinamente, o modelo tradicional de penalização refletiu-se na população que assistia aos espetáculos dos suplícios, tornando-se sensível com a situação do condenado. Nessa evolução, os juízes passaram a ser definidos como assassinos e o carrasco tornava-se similar ao criminoso, sendo que, no momento dos adágios, o criminoso era na verdade, a vítima, o que fazia “do supliciado um objeto de piedade e admiração”.⁶⁸⁶

No transcurso do tempo, cumpre salientar que as estatísticas indicam que o aumento da criminalidade não deriva de um Estado arbitrário ou protetor; mesmo com as penas de suplícios, a criminalidade aumentou, sendo certo que tais medidas não tinham eficácia para diminuí-la. Nesse diapasão, basta recordar que, no período que antecedeu a Revolução Francesa, em 1788, houve grande aumento da marginalidade por força da depressão econômica⁶⁸⁷, isso antes mesmo da ‘moderna’ codificação francesa de 1791⁶⁸⁸.

Além disso, a causa central da mudança da finalidade da prisão que, antes servia tão somente para custodiar o réu até a execução da pena, repousa no fato de que tal modelo penal causava apenas grande desperdício da mão-de-obra. Esses dados convergiram para a modificação do panorama para a privação de liberdade como fim, por força da influência do sistema capitalista⁶⁸⁹.

De acordo com Binder⁶⁹⁰, o sistema penal atua como forma de asseverar a desigualdade social, em função do fenômeno seletivo do sistema penal, através do processo de rotulação do comportamento de classes sociais desfavorecidas, com sua estigmatização, o que reforça a exclusão social.

Por força da tutela estatal da pena, não mais se pode admiti-la como reparação individual, substituída pela pena pública. Dessa forma, supera-se a perspectiva de atuação do Estado por meio de arbítrios e suplícios, com a intenção de reparar o delito praticado.⁶⁹¹ A tutela penal passa ao Estado, substituindo, portanto, a possibilidade de fazer justiça pelas próprias mãos, ou seja, “a relação entre processo e a pena responde às categorias de fim e de meio. Assim, nasce o processo penal”.⁶⁹²

⁶⁸⁵ *idem*, p. 01.

⁶⁸⁶ *idem*, p. 13.

⁶⁸⁷ HOBBSAWN, Eric J. *A Era das Revoluções: Europa 1789-1848*; tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1982, p. 79.

⁶⁸⁸ FOUCAULT, op. cit., p. 11.

⁶⁸⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual e sua conformidade processual Vol. I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3.

⁶⁹⁰ BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitária de las nulidades em el proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, p. 87-88.

⁶⁹¹ LOPES JR., op. cit., p. 4.

⁶⁹² *idem*, *ibidem*.

Nessa linha evolutiva, verificou-se significativa transformação na perspectiva de perseguição do injusto penal. Aos poucos, o Estado assumiu a função de Estado Constitucional Democrático de Direitos⁶⁹³ e, com isso, os pensadores passaram a rechaçar vigorosamente os arbítrios estatais.

1.2. DO ARBÍTRIO PRESENTE NA FORMA – A FINALIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL

Não obstante as transformações paradigmáticas no âmbito processual penal, no sentido de respeito às garantias fundamentais, o Código de Processo Penal vigente no contexto brasileiro é oriundo de uma época ditatorial (03 de outubro de 1941), qual seja, o Estado Novo de Getúlio Vargas (1937 a 1945), que teve sua inspiração no Código Fascista de Rocco. Isso fica claro já na Exposição de Motivos, que traz em seu bojo diversos exemplos de arbitrariedades contra o réu.

Com essa codificação ditatorial, fica evidente que a função da persecução penal era a de tão somente aplicar a pena ao caso concreto; ou seja, assegurar o exercício do poder punitivo, em conformidade com os interesses do poder executivo daquela época.

À época, o procedimento não tinha o condão de diminuir o abuso, na verdade, ele não era visto como abuso, mas somente como fase postulatória. Como preconiza o artigo 567 do Código de Processo Penal, somente os atos decisórios poderão ser anulados, quando o procedimento foi iniciado por juiz incompetente.

Assim, os atos postulatorios e de instrução do processo não têm necessidade de ser acompanhados por juiz competente, seguindo-se a temática do Código de 1941, o que indica que a “verdade como meta da indagação não necessita do regime probatório; para descobrir a verdade não necessitamos de regras processuais. [...] Ao contrário, elas obstaculizam, molestam e entorpecem a busca da verdade”.⁶⁹⁴

Ora, não é somente a forma imposta que permitirá a cessação dos abusos, eis que é preciso ter em mente, que, em qualquer condição, o abuso poderá ocorrer. Se, dentro de um procedimento que entrou em vigor em um momento fascista, pensado tão somente para assegurar a aplicação da lei penal, não se pode admitir que o processo penal constituirá forma de contenção dessa aplicação da lei ao caso concreto.

Então, fundado no Código de Processo Penal de 1941, é cediço defender a tese de que a ilicitude do meio de obtenção da prova, ou, em outras palavras, a imposição de que o réu colabore com a investigação, “aceitando” a coação, para colaborar com a acusação na busca de subsídios para a condenação, por força desta ideologia, é algo extremamente normal.

⁶⁹³ De acordo com J. Gomes Canotilho, o Estado Constitucional moderno não se limita a um Estado de direito, eis que *ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo*. O mesmo autor acrescenta que *A articulação do ‘direito’ e do ‘poder’ no Estado constitucional significa assim, que o poder do Estado deve organizar-se a se exercer em termos democráticos*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 98.

⁶⁹⁴ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2 ed. atual e amp. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009, p. 61.

Porém, não se pode ignorar que o momento presente situa-se em outro modelo estatal, não mais naquele modelo autoritário, na autocracia de Getúlio Vargas, nem na autocracia militar, dominante há décadas na história da legislação pátria.

2 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO

Como exposto, é necessário identificar que ambos os momentos escolhidos como paradigma metodológico de estudo, apresentam modelos em que o réu é coisificado; ou seja, o que importa para um estado ditatorial não é sua proteção, mas a consecução da condenação a qualquer preço.

Nesse sentido, se é correto afirmar que o Brasil atual é um Estado Constitucional, por opção democrática, fundada no Estado Social Democrático de Direito, deve-se preservar os direitos fundamentais aos indivíduos e grupos, para não incidir em hipocrisia, nem aforntar as bases principiológicas constitucionais.

Por este pressuposto, cumpre buscar bases teóricas que demonstrem o correto agir estatal. Nesse contexto, merece relevo a Teoria do Garantismo Penal, idealizada originalmente por Ferrajoli⁶⁹⁵. A opção que se utiliza como lente para análise da problemática que dá origem ao presente estudo será o Direito e Razão, estruturantes para um bom agir estatal.

Nesse sentido, precisa-se verificar que a persecução penal, através do Estado, acontece em dois momentos distintos: o primeiro, quando se prescreve a prática penal em abstrato, caracterizado pela Lei Penal Material e o segundo momento, no qual existe um fato concreto, a ser verificado isoladamente, tendo em vista a aplicação da lei ao caso concreto.

Na visão tradicional, que carregava em seu bojo a proximidade de Direito Processual Penal e Direito Processual Civil como ciência única, poder-se-ia pensar que o processo penal é o local de aplicação do direito ao caso concreto.

Todavia, cumpre proceder a análise distinta, já que, em um Estado Democrático de Direito, a preocupação no processo penal consiste em não só aplicar a lei ao caso concreto, mas especificamente, pensar que é o *locus ideal* para a preservação das garantias constitucionais do réu.

Não fosse suficiente, de acordo com o apresentado no capítulo anterior, parte-se da compreensão de que o poder não vislumbra ser controlado através da autopoiese; pelo contrário, busca derrubar qualquer barreira que se apresente para a concretização dos desideratos constitucionais.

Nesse passo, é criada a norma penal material, que toma a forma do Estado Repressor penal; ou seja, é a definição das políticas públicas que o Estado elege como as que vão assegurar e evitar que haja aviltamento a proteção deficitária. Em contrapartida, vem o processo penal, que não

⁶⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6 ed. Madrid: Trota, 2004.

deverá se preocupar com políticas públicas, mas com o fato em espécie que se verifica em concreto, para aplicar ou não medidas constrictivas a liberdades individuais.

Ora, nos Estados absolutistas ou ditatoriais, a finalidade dos atos perpetrados pelo Estado será confundida com a vontade do seu autocrata; ou seja, é preservada a vontade de quem detém o dever de dirigir o Estado.

No Estado Democrático de Direito, não é muito diferente, havendo um distanciamento de que agora, não é no interesse de uma pessoa, ou um grupo isolado delas que deverá atuar o agir estatal, mas aquele que detém o poder. Tomando-se em consideração a etimologia, democracia se traduz pelos radicais *demo* que é traduzido por povo e *cracia*, governo.

Como o governo, que é do povo, pelo povo e para o povo deve preservar o interesse geral, há intrinsecamente a necessidade de se resguardar, por evidência, os direitos fundamentais, definidos para proteger o particular frente ao poder Estatal. E aqui se funda basicamente a razão para ditar o processo penal, permitindo que se efetivem as garantias protetoras do réu do exercício do poder de punir.

Com essa orientação teórica, as concepções tradicionais de Estado, apoiadas no princípio da autoridade, passam a sofrer mudanças. Estado Democrático de Direito implica, pois, a limitação da autoridade pela liberdade da sociedade, sendo este equilíbrio definido pela lei⁶⁹⁶. Cabe à lei, portanto, proteger o cidadão contra os possíveis abusos do Estado soberano em relação ao súdito que, até então, era apenas objeto da ação estatal e agora deve ser tratado como cidadão e sujeito de direitos e garantias.

O processo penal constitui resposta à exigência de racionalidade para efetivar o direito material, “portanto, só se justifica enquanto garantia da razão”, conforme esclarece Casara⁶⁹⁷.

O Estado é responsável, portanto, pela proteção do mais debilitado, simbolizado na pessoa do réu, não podendo permitir que ilegalidades; ou, melhor dizendo, que arbitrariedades e aviltamentos deixem de ser reconhecidos como nulos e reparados da melhor forma possível.

Com isso, o devido processo legal insere-se na malha principiológica constitucional, reconhecido como meta-regra do Estado Democrático de Direito, uma vez que impõe ao Estado, na prestação jurisdicional, o dever de cumprir as regras pré-estabelecidas pelo ordenamento jurídico, que representam limite ao exercício do poder punitivo. Este princípio necessita de fundamento e mecanismos operacionais, capazes de lhe assegurar eficácia, respaldada no direito do réu à ampla defesa.

Nessa perspectiva analítica, cumpre trazer a lume um conjunto de garantias processuais que, coligadas à idéia de Estado Democrático Social de Direitos, funda a Teoria do Garantismo Penal,

⁶⁹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 22-24.

⁶⁹⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 100.

aqui tratada conforme formulação de Luigi Ferrajoli⁶⁹⁸, na direção de proteger o indivíduo do abuso estatal.

A teoria do Garantismo Penal, criada por Luigi Ferrajoli⁶⁹⁹ traz em seu bojo a idéia de assegurar proteção àquele que se encontra em situação de debilidade. Nesse sentido, todo aquele que se encontrar em situação de inferioridade deverá ter assegurada a máxima garantia, prevista em sede constitucional.

O Garantismo Penal não se preocupa com o mero legalismo, formalismo ou processualismo; antes disso, cuida de tutelar os direitos fundamentais a vida, liberdades pessoais, civis e políticas, na senda dos direitos individuais e coletivos, por se encontrar alicerçado na tutela dos direitos fundamentais.⁷⁰⁰

Dessa forma, no Processo Penal deve estar presente a idéia de racionalidade, de modo que o processo possibilite ao debilitado o mínimo sofrimento possível, seja a vítima de um delito, seja o acusado no curso do processo penal. Com base nessa premissa, criam-se leis, orientadas à máxima tutela dos direitos e, na falibilidade do juízo e da legislação, tem a intenção de tolher o poder punitivo, evitando qualquer tipo de violência arbitrária⁷⁰¹.

Observa-se que, para a tutela do cidadão, em conformidade com a própria finalidade da existência do Estado, é de incomensurável obrigatoriedade a adoção do garantismo penal, para um adequado tratamento do réu.

Nesse escopo garantista, a pena é tida como o mal menor, sendo menos aviltante e menos arbitrária, já que a vítima, realizando essa resposta penal, o faria de modo desproporcional. Em outras palavras, a pena é definida como o menor dos males, uma vez que a permissão ao tratamento arbitrário para a persecução daquele que delinqüiu poderia culminar em uma anarquia punitiva. Por esta razão, a persecução penal deve ser regrada dentro dos ditames constitucionais.⁷⁰²

Quando se pretende analisar o processo penal à luz da Constituição, não basta confrontar isoladamente atos normativos com dispositivos constitucionais pontuais, eis que se faz necessário analisar tal ato com fundamento em todo o sistema constitucional, que representa malha principiológica conexa.⁷⁰³

⁶⁹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6 ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 28-29.

⁶⁹⁹ FERRAJOLI, op. cit.

⁷⁰⁰ *idem*, p. 28-29.

⁷⁰¹ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 84.

⁷⁰² FERRAJOLI, op. cit., p. 335-336.

⁷⁰³ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Limite as interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, in, PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas, org. *Acesso a Justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 52.

O modelo garantista, *per se*, não seria suficiente, eis que demanda “uma reestruturação do sistema penal, de forma que a legalidade processual não mais potencialize a seletividade ou propicie o surgimento das cifras ocultas”.⁷⁰⁴

O próprio sistema penal nos estados periféricos, tal qual o Brasil, orienta-se pela lógica da exclusão; ou seja, negação do outro. Esse sistema, portanto, impõe um modo de ser e agir baseado em critérios de quase imobilidade social, o que leva à própria negação do Direito. É dentro da Constituição Dirigente com bases democráticas que se pode reverter tal quadro.⁷⁰⁵

Com essas premissas, avança-se para o próximo tópico, abordando limites ao agir estatal de forma a impedir que o Direito Penal sirva à lógica da exclusão, tornando imprescindível analisar substancialmente a limitação expressa da proibição de utilização da prova ilícita. Nessa linha de argumentação, é necessário identificar, não somente os casos clássicos, mas também aqueles que se encontram obscuros, por força da sua suposta legalidade.

3 – DA PROVA OBTIDA POR MEIOS ILÍCITOS

3.1 PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO *LATO SENSU*

A prova obtida por meios ilícitos *lato sensu* comporta diferenciação doutrinária, pois se divide em provas que aviltaram normas materiais e processuais: a primeira recebe a designação de prova ilícita *stricto sensu* e a segunda é classificada como prova ilegítima.

É pertinente esclarecer, que prova, por si só, não comporta ilicitude. O presente estudo limita-se ao exame da utilização da prova obtida por meio ilícito.

De pronto, cumpre lembrar que não é a prova que é ilícita; mas o meio de sua apreensão. Ademais, provas obtidas ilegitimamente ou ilicitamente propiciam a mesma proteção pelo artigo 5º, que veda as provas obtidas por meio ilícito. A distinção entre ambas basicamente decorre do fato de que, quando a proibição é determinada por norma processual é ilegítima, quando disciplinada por normas materiais configura-se sua ilicitude. Apesar disso, para alguns⁷⁰⁶, haveria ‘sanção’ de nulidade, quando ocorresse infringência à primeira e a segunda acarretaria meramente sua inadmissão.

Scarance Fernandes⁷⁰⁷, ao tratar do tema, demonstra preocupação para encontrar suposto ponto de equilíbrio que proporcione subsídios para o Estado no sentido de proteger a sociedade

⁷⁰⁴ CASARA, Rubens. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 100.

⁷⁰⁵ PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Intervenção de Geraldo Luiz Mascarenhas Prado*, in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a constituição dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 67.

⁷⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et all*. *As nulidades no processo penal*. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, 157-158.

⁷⁰⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. P 84.

contra a crescente criminalidade e o resguardo do cidadão, na sua tranquilidade, intimidade, entre outras garantias.

Entretanto, o processo, *locus* ao qual se destina a prova obtida, não é o local para se discutir políticas públicas. Note-se que o processo de cunho acusatório, adequado ao Estado Democrático de Direito, deve proteger o indivíduo que tenha uma persecução iniciada contra si e não definir ponto de equilíbrio entre “armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada”⁷⁰⁸.

Nesse sentido, é possível verificar a busca do discurso fundante de tal doutrinador, que elege como princípio a verdade real⁷⁰⁹. A esse respeito, assumindo linha de entendimento contrária, defende-se que suposta *verdade real* é intangível e, no processo penal, só se aceita a argumentação de verdade formal, uma vez que a verdade, para o processo, abarca aquilo que for exposto claramente no mesmo, seguindo os ditames constitucionais.

Ada Grinover *et all*⁷¹⁰ evidenciam a mesma lógica de discurso, quando tratam da prova obtida por meio ilícito, eis que, quando tratam do método probatório e da legalidade da prova, afirmam que “a investigação e a luta conta (sic) a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira”.

Reitera-se que não há o que se falar em luta contra a criminalidade para o poder judiciário, no espaço do processo penal. O poder judiciário é convocado a decidir em face de casos concretos, posicionando-se a respeito da ocorrência ou não do alegado e qual o direito a ser aplicado ao caso em tela, à luz do que foi trazido ao processo. Adicionalmente, não se pode esquecer que, pela Lei Maior vigente, o processo é o espaço de aplicação das garantias ao réu, não sendo admissível acrescentar ao Judiciário a responsabilidade de usar o processo como recurso para empreender a luta contra a criminalidade, o que abarca o compromisso do ente estatal de definir políticas públicas de segurança em outro espaço de atuação.

3.2 PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO POR DERIVAÇÃO

Para tratar da ilicitude da prova, merecem relevo os casos em que a prova utilizada não padece de qualquer ilicitude, ou ilegitimidade, quando da sua obtenção; entretanto, ela é oriunda de prova anterior, obtida sem respeito aos ditames constitucionais, penais ou processuais.

Nessa circunstância, é esclarecedora a contribuição da Suprema Corte estadunidense acerca da teoria da *Fruits of the poisonous tree*, mal traduzida por *frutos da árvore envenenada*, denotando algo diferente, que a árvore poderia resultar bons frutos e foi maculada.

⁷⁰⁸ *idem, ibidem.*

⁷⁰⁹ *idem, ibidem.*

⁷¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, *et all, op. cit.* 153.

No Brasil, conforme leciona Grandinetti⁷¹¹, a inadmissibilidade também contamina provas originadas de outras obtidas por meios ilícitos. Mas, se houver outra prova que dê suporte à acusação, pode-se mantê-la. O pensador em comento apóia esse posicionamento na teoria da inevitabilidade e acrescenta textualmente “se fosse inevitável chegar-se àquela mesma prova decorrente da ilícita, mas por outros meios lícitos, a prova deveria ser admitida no processo”.

Esse entendimento é compatível com a cultura ditatorial que imperou no Brasil em diversos momentos, tal qual a ditadura do Estado Novo, em que se promulgou o Código de Processo Penal, conforme esclarecido no capítulo 1, ou, ainda, da arbitrariedade perpetrada no período da ditadura militar.

Na tradução mais fidedigna, observa-se que a teoria é a do frutos da árvore venenosa; por isso, qualquer fruto que dali resulte será venenoso. A própria corte americana aceitou argumentos similares ao esposado anteriormente, que se dá na *inevitable discovery*, a “prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas”.⁷¹²

Note-se que há um problema intrínseco a essa interpretação. Se a teoria é a da árvore venenosa, e não envenenada, quando da utilização dessa árvore, todo aparato estatal fica contaminado. A árvore envenenada poderia ser salva; melhor, poderia até ter frutos livres do conteúdo do veneno, mas a árvore venenosa não permite este tratamento.

Quando o Estado permite tal tipo de interpretação acerca da utilização das provas derivadas daquelas obtidas por meios ilícitos, caminha no sentido oposto ao que requer o Estado Democrático de Direito. Note-se que ao Estado não é facultada a possibilidade de admitir provas obtidas ilicitamente nem direta, nem indiretamente.

Nesse sentido, é interessante a analogia trazida à reflexão por Manuel da Costa Andrade⁷¹³, quando exemplifica que, se ao particular é proibido receptor produtos que saiba ou deveria saber oriundos de roubo⁷¹⁴, muito menos ao Estado é permitido lançar mão de tal absurdo jurídico.

Diante de tudo o que foi exposto, pode-se depreender ser vedado ao Estado o aproveitamento da prova obtida por meio ilícito, bem como da que for derivada de meio ilícito. Porém, essa premissa não funda a hipótese de utilização dos dois tipos de prova, na possibilidade de beneficiar um réu. Quando há a ponderação de princípios e/ou normas jurídicas, deve-se ter em mente que há valores resguardados pela Constituição, os quais prevalecem sobre os demais, em quaisquer circunstâncias.

Não se funda aqui a absolutização de determinados direitos fundamentais; apenas, defende-se que, quando se esteja diante de conflito que envolva tais regras ou princípios, é mandatório privilegiar os valores fundantes do Estado, que, no caso, seria o da Dignidade da Pessoa Humana.

⁷¹¹ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*, 4 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 97.

⁷¹² GRINOVER, Ada Pellegrini, *et all*, *op. cit.*, p. 163.

⁷¹³ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

⁷¹⁴ Artigo 180 do Código Penal.

A dignidade resguarda a amplitude de defesa e, com mais rigor, a regra de manutenção da liberdade, que também compreende a presunção de inocência. Dessa forma, a ponderação que se impõe é que a utilização de tais provas se dê, efetivamente, quando há o aproveitamento *pro reo*. Então, se o particular utilizou meios ilícitos ou ilegítimos para obter provas que permitam sua absolvição, deverá ser aproveitada.

Quando se trata de garantia do acusado, a utilização dessas provas não poderá ser atribuída ao acusado, inexistindo-se conduta diversa, uma vez que o réu vislumbra que esta seria o único meio de comprovar sua inocência. A maioria da doutrina, como Scarance Fernandes, Ada Grinover, Grandinetti, já mencionados, entre inúmeros outros, tendem a esse entendimento.

Sobre a inexigibilidade de conduta diversa, resta reforçar a tese de utilização de provas obtidas por meios ilícitos para preservar o bem jurídico vida. Neste caso, já houve situações em que se soube, por meios escusos, de que algum crime ou conluio para a prática de crimes fossem descobertas e haveria a possibilidade de impedi-los.

Um exemplo fático sobre isso, trazido por Geraldo Luiz Mascarenhas Prado⁷¹⁵ de que houve uma quadrilha condenada pela então juíza Denise Frossard, que tramava atentado contra a vida desta última, do então presidente do Tribunal de Justiça Antonio Carlos Amorim e do Procurador Geral de Justiça da época. Nesse caso, o juiz da execução penal autorizou a interceptação telefônica, para impedir que tais crimes ocorressem, permitindo que se preservassem a vida de tais autoridades. Em momento seguinte, as interceptações instruíram o processo penal a fim de condená-los, o que ocorreu. Tais provas foram tidas como obtidas por meios ilícitos, os réus foram absolvidos deste novo caso, mas preservou-se o bem maior, a vida.

Note-se que não há o que se falar em absorção dessas provas para finalidade diversa da que se pretendeu, qual seja, a proteção da vida das autoridades e é nesse sentido que deve permear o tratamento das provas obtidas por meios ilícitos.

Wilson Paulo de Mendonça Neto⁷¹⁶ espousa a opinião de que a inadmissibilidade da prova derivada da ilicitamente obtida deve ser ponderada no sentido de dar amparo à coletividade e todas as vítimas.

Ingo Sarlet⁷¹⁷ defende que dessa maneira poder-se-ia preservar o princípio da proteção deficiente, o qual deveria ser verificado através do princípio da proporcionalidade. Entretanto, quando se recorre ao princípio da não proteção deficitária para casos dessa natureza, corre-se o risco de retornar ao Estado policial, meramente repressor. É importante ressaltar que, quando há um processo penal específico, a interpretação está dirigida ao conflito em exame e não à proteção da coletividade, não cabendo, como ressaltado o judiciário exercer essa parcela do poder estatal de promover a segurança pública.

⁷¹⁵ Trecho retirado de aula ministrada pelo professor Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, dia 07 de abril de 2009, turma de Processo Penal I, na Faculdade Nacional de Direito - UFRJ.

⁷¹⁶ MENDONÇA NETO, Wilson. P. 147. DISSERTAÇÃO

⁷¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminas, n. 47, março-abril de 2004, ed. RT.

Este princípio tem sido aplicado à exaustão, quando do processo legislativo, não raro sob a pressão dos meios de comunicação de massa, ou de casos rumorosas toma a iniciativa de editar diversas leis penais atécnicas.

Por seu turno, no processo materializado, cumpre verificar especificamente se há provas de que ocorreram determinadas condutas típicas, específicas, factuais. Se o Estado não tem capacidade de colher a prova por meio lícito, legítimo e hábil para permitir um decreto condenatório, não vai ser com políticas públicas que vai efetivar a justiça.

Não é ferindo direitos e garantias individuais que se fará valer o mito da verdade real. O Estado, a partir do momento que editou determinadas regras para o proceder estatal para que se condene é necessário que esteja colhido prova suficiente para corroborar a alegação acusatorial, não pode ignorar tais regras e utilizar procedimento *sui generis* a seu bel prazer para condenar. Pensar (e agir) assim é permitir que se esquive da forma como garantia e perpetuar horrendos absurdos, os quais ferem de morte direitos e garantias. Foi justamente com apoio nessa ideologia repressiva penal que a Inquisição perpetró todas as mazelas.

À luz dessas inferências, elaborou-se o próximo capítulo, onde se tratará do princípio do *nemu tenetur se detegere*, relacionado à inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos e as derivadas dela.

4 - NEMU TENETUR SE DETEGERE E A INADMISSIBILIDADE DA PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO

As provas obtidas por meio ilícito têm seu caráter de inadmissibilidade definido pelo ordenamento jurídico pátrio, por ferir a Constituição, normas processuais penais ou, ainda, por desconsiderar a principiologia que permeia o processo penal em um Estado Democrático de Direito.

Para extrapolar o conteúdo da Constituição e de todos os direitos e garantias positivadas, deve-se analisar a finalidade da proteção do indivíduo frente à aquisição de provas obtidas por meios ilícitos. Como ressaltado no capítulo inicial, a lógica de busca da verdade e de uma provável condenação do acusado a qualquer preço tem suas raízes fincadas no interesse de se buscar a mítica verdade real, a meta precípua do procedimento.⁷¹⁸

Fundado na possibilidade de reconstruir um fato histórico com maior verossimilhança, franqueou-se ao Estado o máximo rigor na busca pela prova. Nesse passo, merece realce o Sistema Inquisitório, evidenciado na Inquisição, na qual a confissão representava a rainha de todas as provas. A tortura, durante a inquisição foi o método habitual e legítimo de prova no procedimento penal.⁷¹⁹

⁷¹⁸ MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 663.

⁷¹⁹ *idem*, p. 675.

Influenciado por suposta moral cristã, a confissão permitia ao acusado/condenado alcançar o perdão eterno, uma vez que não só permitia ao Estado, ou Igreja, descobrir a verdade, mas acima de tudo, deveria o mesmo pedir perdão em praça pública⁷²⁰, demonstrando redenção e, após a execução da pena, restabelecia-se o dano causado. Assim, não existia limitação à busca da verdade e era lícito qualquer meio, principalmente a tortura para a dita reconstrução dos fatos e confirmar uma suposta verdade.⁷²¹

Destarte, a verdade formalizada é o obstáculo necessário para que seja buscada com as limitações indispensáveis para um processo democrático. Não é demais repetir que o processo penal não reconstrói os fatos, Binder⁷²² esclarece que os fatos serão redefinidos, não havendo solução de conflitos, mas sim retirando o fato da esfera particular, do seio da sociedade e, em seguida, o reinstalando na sociedade, já com a sentença, com maior legitimidade, como uma leitura daquele fato.

Trata-se da antítese do modo de proceder da inquisição: o processo penal acusatório veda, por exemplo, a tortura e coações diversas. Binder⁷²³ identifica três níveis de proteção, a primeira (já explicada), tortura e coações, a segunda abrange as limitações que obrigatoriamente devem estar autorizadas previamente. O terceiro nível seria o da “*pura formalización. De ninguna manera puede ingresar información al proceso penal si no es a través de ciertos y determinados canales preestablecidos. Esto es lo que se denomina ‘legalidade de la prueba’*”.

Vê-se, então, que a análise da admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos está intrinsecamente relacionada ao princípio da ampla defesa. Para assegurar a autodefesa de algum acusado ou indiciado de práticas delitivas, é imprescindível resguardar os direitos mínimos conforme explicitado em momento anterior.

A autodefesa é exercida de duas maneiras, a primeira, mais evidente, abarca a autodefesa positiva, quando o acusado presta declarações ou atos que contribuam ou não com sua tese defensiva, incluindo-se, neste rol, a possibilidade de mentir, inventar fatos ou, principalmente o de ficar calado.

O Direito ao silêncio, portanto, é consectário lógico da ampla defesa. Ademais, ele decorre principalmente de outro princípio, situado entre o da ampla defesa e o de permanecer em silêncio sem prejuízo, que, no Brasil, é conhecido como princípio do *nemo tenetur se detegere*, traduzindo, da vedação da condenação compulsória, ou o direito de não se auto-incriminar.

Outra acepção deste princípio é o do *nemo tenetur se ipsum accusare* está presente no rol das provas obtidas por meios ilícitos. Uma vez identificado que determinado acusado foi torturado ou

⁷²⁰ FOUCAULT, Michel. *op. cit.*, p. 9.

⁷²¹ BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho penal*. 2 ed. atual e amp. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004. p. 176.

⁷²² *idem*, p. 177.

⁷²³ *idem*, p. 178.

coagido, seja pelo delegado, seja pelo juiz, para confessar, esta prova padecerá de vício, passando a ser inadmitida no processo. Thiago Bottino do Amaral⁷²⁴ explicita:

A finalidade da garantia é claramente dotar o indivíduo de um *status* de intangibilidade pelo Estado no exercício de sua autodefesa. Logo, se a colaboração do investigado ou do acusado é indiferente ao Estado – que não deposita nessa fonte nenhuma expectativa crucial de demonstração da hipótese acusatória. (...) o legislador fez uma opção de proteger o indivíduo de pressões por parte dos agentes públicos ou do próprio sistema legal para que abra mão da possibilidade de não colaborar com a investigação ou instrução penal.

Claus Roxin⁷²⁵ defende que “*pertence a los principios internacionalmente reconocidos de un procedimiento penal propio del Estado de derecho que el imputado no tiene que inculparse a si mismo (nemo tenetur se ipsum accusare) y que tampoco su esfera individual debe quedar desprotegida, a merced de la intervención del Estado*”. O que deixa claro a finalidade do princípio.

É interessante ressaltar a identidade da vedação das provas obtidas por meios ilícitos com o princípio de vedação da condenação compulsória. Por força da cultura inquisitorial, deve-se ter em mente que não é lícito obrigar o acusado a colaborar com qualquer ato instrutório, principalmente, os que carregam valor probatório para os requerimentos do acusador.

Tal qual não se pode vislumbrar mais em um processo a tortura para se encontrar provas, que é muito fácil de se evidenciar, com muito mais rigor deve-se analisar se a obrigatoriedade de colaborar com o pleito condenatório será admissível, em um processo; ou seja, se o acusado é obrigado a fornecer material, genético, grafotécnico, audiofônico, até o seu próprio bafo.

A identificação da função desse princípio no processo penal acusatório é esclarecida pelo criador da Teoria do Garantismo Penal, Ferrajoli esclarece que “*Nemo tenetur se detegere es la primera máxima del garantismo procesal acusatorio*”⁷²⁶ É por meio desta máxima que “o sujeito passivo não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa”, como bem ressalta Aury Lopes Jr.⁷²⁷

A autodefesa é direito disponível e se o acusado, ou indiciado, consentir intervenções no sentido de fornecimento de material genético diretamente do seu corpo, aí estará permitido ao poder público seu uso. Entretanto, quando houver recusa, deve-se trazer a lume a presunção de inocência

⁷²⁴ AMARAL, Thiago Bottino do. *Direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 98.

⁷²⁵ ROXIN, Claus. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 59.

⁷²⁶ Ferrajoli, p. 608.

⁷²⁷ LOPES JR. Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 353.

que permeia o processo penal, em havendo a recusa, esta não poderá ser interpretada desfavoravelmente, já que o direito de defesa não pode ser limitado em qualquer hipótese. Esse ponto de vista encontra respaldo em Aury Lopes Jr, quando afirma que:

Submeter o sujeito passivo a uma intervenção corporal sem seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso.
728

A carga da prova que existe no Processo Civil não pode imperar no Direito Processual Penal, uma vez que, como esclarecido, a presunção é de inocência e pensar o contrário é presumir sua culpa e ferir o âmago da Constituição, e, em casos cíveis de investigação de paternidade, por exemplo, se discute o princípio fundamental da paternidade, e ao que tudo indica, porque resguardar um suposto direito fundamental de colaborar com a sua própria acusação?

Nesse sentido, são elucidativas as seguintes considerações de Antônio Magalhães de Gomes Filho⁷²⁹:

Mas, o que se deve contestar em relação a essas intervenções, ainda que mínimas, é a violação do direito à não auto-incriminação e à liberdade pessoal, pois se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ter assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo. O direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra. (...) no âmbito criminal, diante da presunção de inocência não se pode constranger o acusado ao fornecimento dessas provas nem de sua negativa inferir a veracidade do fato.

Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho⁷³⁰ defende que não haveria um direito absoluto para negar a utilização do corpo humano como prova, salvo se violasse a dignidade humana. Assim compreendido o dilema, o acusado poderia ser obrigado a colheita de impressões digitais, recolhimento de cabelos, coleta de urina ou de sangue, uma vez que o ser humano faz isso normalmente para outros fins.

⁷²⁸ *idem*, p. 356.

⁷²⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães de. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997, p. 119.

⁷³⁰ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *A constituição e as intervenções corporais no processo penal: existirá algo além do corpo?*, in PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas e MALAN, Diogo. *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da constituição da república de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 359.

Entretanto, a finalidade a que se dirige a colheita de material humano, do acusado responde a um fim diferente do que exames e preservação do asseio pessoal, eis que se trata de objeto para perícia em processos que versam como acusados, seja no âmbito processual penal, ou até em processos administrativos em que penda acusação ao mais débil.

Depreende-se pois que a finalidade dessa colheita a define como prova ilícita, principalmente quando não se proporciona o consentimento do acusado ou indiciado, ou ainda, que materiais genéticos não tenham sido colhidos em busca e apreensão deferida por autoridade competente e tais materiais genéticos estivessem no local onde foi realizada a diligência, nunca, jamais material genético que ainda pertence ao réu.

Obrigar o acusado a abrir mão de parte de seu corpo, efetivamente, que ainda pertence a ele e compõe todo o seu conjunto é efetivamente aviltante ao direito de não se auto-incriminar, já que, em casos pontuais, não raro o acusado depara-se com a dificuldade de se obstaculizar tal imposição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A premente necessidade de verificação da proibição da auto-incriminação e a ilicitude do meio obtido da prova implica ressaltar que, se a perseguição daquele que seria o criminoso, utilizou-se meio para obtenção de verdade a qualquer custo, o processo penal está eivado de ilicitude.

Foi justamente a busca insana da suposta verdade real que abriu espaço à tortura, a adágios e derramamento de sangue, tão caros à expansão do poder, no seio de uma ideologia em que o réu constituía mero objeto da acusação.

Como demonstrado ao longo do artigo, a forma pode ser utilizada de maneira aviltante, ou protetiva, claro obstáculo à consecução da mítica verdade, impedindo que qualquer meio para obtenção dela se limite, no sentido de que a finalidade do processo penal seja compatível com os princípios fundamentais em um Estado Democrático de direito. Nessa linha de pensamento, cumpre reverter essa linha interpretativa, de maneira que a nunca se deixe de avaliar se tal ato avilta ou não as garantias individuais.

No decorrer do trabalho, também se contemplaram as terminologias e distinções doutrinárias acerca do meio de obtenção da prova, da sua ilicitude e, por fim, da prova derivada da obtida por meio ilícito, que se identifica diretamente com o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

A vedação da auto-incriminação compulsória é princípio chave para saber se um sistema processual é democrático ou autoritário; ou seja, a sua utilização e a sua dilatação ou limitação demonstrará se tal ordenamento corresponde efetivamente a um sistema justo.

Nesse sentido, não há possibilidade de transigência, uma vez que o Brasil constitui um Estado Constitucional Democrático de Direito o que remete, especificamente à impossibilidade de

afastamento da máxima processual penal que veda a admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos.

Para que não parem dúvidas, reforça-se a tese de que, não há como afastar tal princípio, que torna inaceitável qualquer coação, obrigatoriedade ou coação do réu para que o mesmo colabore, retirando a carga probatória do Ministério Público.

Ressalta-se que, com alicerce na premissa da busca da verdade perpetraram-se crimes muito mais graves do que aqueles de que os réus eram acusados. Com tais práticas, como demonstrado por muitos estudiosos do tema, inclusive em perspectiva da evolução da sociedade e do exercício do poder exacerbado de um grupo hegemônico sobre outros, mais vulneráveis, espalhou-se o medo e veio à tona a face mais perigosa e cruel do homem. Num Estado Democrático de Direito, não mais se pode admitir nem em pesadelo a persistência dessas formas de domínio, o que nos remete à citação trazida na introdução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Thiago Bottino do. *Direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2 ed. atual e amp. Buenos Aires: Ad Hoc, 2009.

_____. *El incumplimiento de las formas procesales: elementos para una crítica a la teoría unitária de las nulidades em el proceso penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*, 4 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

CASARA, Rubens. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 5 ed. Madrid: Trotta, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 34 ed. Tradução de Raquel Ramalhete, Petrópolis: Vozes, 2007.

HOBBSBAWN, Eric J. *A Era das Revoluções: Europa 1789-1848*; tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et all*. *As nulidades no processo penal*. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães de. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual e sua conformidade processual Vol. I*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2 ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Intervenção de Geraldo Luiz Mascarenhas Prado, in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Canotilho e a constituição dirigente*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, in, PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas, org. Acesso a Justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROXIN, Clauss. *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47, março-abril de 2004, ed. RT.

SEM TERRA, João. *Magna Carta – the great charter*. Disponível em: <<http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/index.html#>> acesso em 18 de maio de 2008.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VARGAS, João Protásio Farias Domingues De. *Direito Inglês (desenvolvimento histórico e organização judiciária)*. Disponível em: <http://paginas.terra.com.br/arte/protasiovargas/diring_art1.htm>, acesso em 25 de maio de 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 7 ed. Madrid: Trotta, 2007.