

## DA TOTAL INADMISSIBILIDADE DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL REPUBLICANO

Jessica Neruza Vivi <sup>1</sup>(Unisecal)

Ricardo Margraf Cruz <sup>2</sup>(Unisecal)

**Resumo:** A negativa de valoração de provas ilícitas e o afastamento do Magistrado devidamente contaminado, são os pontos centrais desse artigo, para tanto traz-se à tona não somente sugestões de algumas ofensas físicas, materiais, intelectuais e morais contra o cidadão, deve fazer de tudo para que Poder Judiciário não as acate e não mantenham um Magistrado contaminado para o julgamento em primeiro grau. E cada sociedades lidou com essas provas, de gregos, romanos, germânicas aos tribunais eclesiásticos, a inquisição, o antigo regime, e a mudança somente veio com a guinada iluminista pós-revolução francesa, que agora pautou-se pela dignidade da pessoa humana, outras ofensas contra a integridade física e moral, ameaças, hipnotismo, narcoanálise, detector de mentiras, diversos meios enganadores e promessas de vantagens inadmissíveis, bem como a administração de meios de qualquer natureza, como a perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou avaliação, meios cruéis, ou todos instrumentos para produção de provas que usassem o ser humano como objeto. E por fim, a vedação constitucional de valoração de provas obtidas por este extenso rol, e a preservação da autonomia de um indivíduo dentro de um estado fracassado na persecução penal por meios lícitos e legítimos, e que demonstrem que o cidadão é mais importante que a prova ou mesmo sua valoração dentro de um processo.

**Palavras-chave:** Prova ilícita. Negativa de valoração. Teorias de provas ilícitas. Vedação constitucionais.

### ON THE TOTAL INADMISSIBILITY OF ILLICIT EVIDENCE IN THE REPUBLICAN CRIMINAL PROCEDURE

**Abstract:** The rejection of the use of illicit evidence and the removal of a judge who has been duly compromised are the central points of this article. It brings to light not only suggestions of physical, material, intellectual, and moral offenses against citizens, but also emphasizes that everything must be done to ensure that the Judiciary does not accept such evidence and does not allow a compromised judge to preside over a trial at the first instance. The article traces how different societies—Greeks, Romans, Germanic tribes, ecclesiastical courts, the Inquisition, and the Old Regime—handled such evidence. A significant shift only occurred with the post-French Revolution Enlightenment, which introduced principles grounded in human dignity. Other forms of violations include threats, hypnosis, narcoanalysis, lie detectors, deceptive techniques, promises of inadmissible advantages, and any methods that disturb memory or judgment, employ cruelty, or treat human beings as mere objects in the production of evidence. Ultimately, the article underscores the constitutional prohibition against using such tainted evidence and advocates for preserving the autonomy of individuals, especially within a failed state unable to conduct criminal prosecution through lawful and legitimate means. It affirms that the citizen's dignity must outweigh the value or admissibility of any such evidence within a legal proceeding.

**Keywords:** Illicit evidence. Denial of evidentiary value. Theories of illicit evidence. Constitutional prohibitions.

---

(1) Acadêmica Santa Amélia, jessicavivi06@gmail.com

(2) Professor Orientador, adv.ricardomargraf@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Para poder entender como um magistrado ou magistrada tornam-se contaminados processualmente, é necessário observar o sistema de coleta de provas ou meio de obtenção de provas dentro do sistema-processual-penal brasileiro já que a ideia principal é a busca da verdade real. o processo criminal público brasileiro utiliza-se de meios de provas, mesmo que não tenha previsão na Lei Adjetiva Penal, ou mesmo autorizado pela Lei, a linha de raciocínio é diversa, na verdade inversa, basta que o meio de prova não seja expressamente proibido ou não se mostre compatível com o sistema, e ainda não cause algum constrangimento, repugnação ou irresignação contra o alvo, ora cidadão. O presente trabalho tem como problemática o estudo sobre a total inadmissibilidade dos meios de prova proibidos e considerados como ilícitos, por ofenderem qualquer direito material, com um raciocínio convergido diretamente a total inadmissibilidade de aceitação destes meios em nossos Tribunais, tanto como meio de valoração para a acusação como meio de valoração para defesa, consagrado na previsão constitucional do seu inciso LVI, do art. 5º., da Constituição da República brasileira. O presente trabalho tem como problemática o estudo com um raciocínio convergido diretamente a total inadmissibilidade de aceitação destes meios em nossos Tribunais, tanto como meio de valoração para a acusação como meio de valoração para defesa. Seria realmente adequado exigir da Autoridade Judiciária extinguir do caderno processual todas as provas ilícitas, e suas derivações mesmo que isso venha até mesmo absolver culpados de crimes graves, ou mesmo violentos? Quais são os meios de obtenção de prova ilícita? Quais são e como são essas ofensas? A sociedade civil organizada consegue ter o discernimento técnico e correto quando anula-se um processo maculado pela prova ilícita? A valoração da prova ilícita é mais importante que resguardar os direitos, liberdades e garantias individuais? Instituir um ring de vale-tudo probatório entre a Polícia Judiciária, o Ministério Público e a defesa? Afinal, o que diz a doutrina pátria a respeito do assunto? O que dispõe a lei em referência ao tema abordado? Qual seria o vínculo efetivo entre a produção probatória e a sua valoração jurisdicionalizada? A Autoridade Judiciária até qual ponto deve aderir às provas produzidas (i)licitamente na investigação preliminar ou mesmo produzida dentro do processo penal para formar o seu livre e íntimo convencimento? A Autoridade Judiciária ao ter contato com uma prova ilícita deve fazer o que? É correto dizer que a Autoridade Judiciária se contamina quando ao contato com a prova ilícita? Muitas vezes é a própria autoridade judiciária que autoriza o meio de obtenção de uma prova ilícita? Permanecer ou não no processo? Declarar-se suspeito, impedido ou incompatível? E as outras provas lícitas, derivadas ou não, devem ser mantidas? Provas ilícitas produzidas e valoradas em oposição a possíveis divergências constatadas em juízo? Quais são as teorias de

provas ilícitas adotadas no sistema brasileiro? O objetivo geral é a valoração e ao aparelhamento probatório, com o desígnio de que o instituto possa ser mais bem aproveitado pelo magistrado quanto à formação de seu convencimento e como objetivo específico reconhecer, por meio da verificação doutrinária e jurisprudencial, o surgimento das teorias de ilicitude probatória e ainda explicar a essência do sistema de prova brasileiro, seu conceito, seu objetivo, sua natureza e sua finalidade, para abordar de forma concisa desde o seu início, até a sua conclusão, ressaltando as atribuições da inadmissibilidade da prova ilícita e a aplicação das teorias e princípios constitucionais na fase jurisdicionalizada. E por fim, o método científico a ser utilizado na referida pesquisa é o hipotético-dedutivo, uma vez que se procurará entender o problema enfrentado pelo instituto da total inadmissibilidade de provas obtidas mediante a ofensa a integridade física e moral das pessoas, visando sanar as lacunas existentes, precisando as teorias prévias em razão dos novos conhecimentos.

## **2. BREVE ENSAIO HISTORIOGRÁFICO DAS PROIBIÇÕES DE PROVA**

Para poder entender como um magistrado ou magistrada tornam-se contaminados processualmente, é necessário observar o sistema de coleta de provas ou meio de obtenção de provas dentro do sistema-processual-penal brasileiro, na medida em que o sistema dos meios de obtenção de provas-processuais-penais brasileiro teve como fonte principal o Direito Processual Italiano, e ao contrário do processo civil, o processo criminal público brasileiro utiliza-se de meios de provas, mesmo que não tenha previsão na Lei Adjetiva Penal, ou mesmo autorizado pela Lei, a linha de raciocínio é diversa, na verdade inversa, basta que o meio de prova não seja expressamente proibido ou não se mostre compatível com o sistema, e ainda não cause algum constrangimento, repugnância ou irrisignação contra o alvo, ora cidadão.

Já quanto ao tempo das Ordenações do Reino estas marcaram a época da monarquia absoluta, é curioso ainda que no período compreendido entre a segunda metade do Século XIII e quase todo o Século XIV houve substancial progresso em nossa Lei Adjetiva Penal, v. g. diferenciação do processo civil do processo penal, porém, a prática da tortura vivia intensamente neste período, sempre a objetivar a rainha das provas, a confissão.

O Código do Processo Criminal do Império, promulgado em 29 de Novembro de 1832, dividido em duas partes: organização judiciária e a forma do processo. Sendo interessante ao nosso estudo apenas a segunda parte, mas precisamente, no Título II, capítulo VI «*das provas*», ao todo 355 artigos compunham o Código de Processo Criminal. A legislação processual brasileira originou-se a partir de 1808, à época em que a família real portuguesa

transferiu sua residência ao Brasil, pela regência Permanente Trina, com fortes influências do Código Napoleônico e do Iluminismo Criminal.

## **2.1. EVOLUÇÃO HISTORIOGRÁFICA DA PREVISÃO CONCERNENTE AS PROIBIÇÕES DE PROVA**

Iniciou-se em nossas casas legislativas a partir de 1845, com influência liberal, sendo suas principais diretrizes a separação da polícia e justiça; sincronização do processo com a Constituição; garantias e liberdades individuais; barateamento do custo da Justiça aos cofres públicos. Várias foram as tentativas em reformar o Código de Processo Criminal, nos anos seguintes, mas até os anos de 1849 a 1854, as reformas permaneceram estagnadas. A Reforma Judiciária de 1871 iniciou-se em nossas casas legislativas a partir de 1845, com influência liberal, sendo suas principais diretrizes a separação da polícia e justiça; sincronização do processo com a Constituição; garantias e liberdades individuais; barateamento do custo da Justiça aos cofres públicos.

Várias foram as tentativas em reformar o Código de Processo Criminal, nos anos seguintes, mas até os anos de 1849 a 1854, as reformas permaneceram estagnadas. Com o advento da Constituição promulgada em 16 de Junho de 1934, deu termo aos Estados-Membros de legislarem em matéria processual, assim, encerrou-se a fase do pluralismo em nossas Constituições. Em 1937, o chamado Estado Novo e sua Carta Constitucional obstaram qualquer discussão concernente à alguma reforma processual criminal. Todavia, em 3 de Outubro de 1941, através do Decreto-Lei nº. 3.689, foi promulgado o Código de Processo Penal vigente. Até os dias de hoje, a nossa constituição cidadã mantém firme o propósito de garantir uma série de direitos e liberdades fundamentais, e a proibição de não acatamento ou aceitação e até mesmo da não valoração da prova, deve ter o seu pontapé inicial na salva guarda de um sistema de meios de obtenção conseguidas de maneira digna, limpa e honesta.

## **3. MEIOS INADMISSÍVEIS DE PRODUÇÃO DE PROVAS**

### **3.1. COAÇÃO**

A ameaça de um mal, a ilicitude da ameaça e a intencionalidade da ameaça, é impossível retirar algum informe daquele que não a conhece, a efetuar uma forte pressão seja ela moral, intelectual ou física, conforme o entendimento de Carrara:

Ora, a fim de que ao temor se atribua este poderoso efeito de tornar legítimo um ato violador dos direitos de outrem e materialmente contrário à lei, é necessário em todos os casos, por regra absoluta, que no mal ameaçado se encontrem estes três requisitos: 1º - injustiça; 2º - gravidade; 3º - inevitabilidade. 1. INJUSTO - Falta o requisito da injustiça em dois casos: 1º, quando o mal, objeto de ameaça, o seja com legitimidade, como o é no caso do condenado à morte que, para salvar-se, mata o verdugo ou o carcereiro, ou no daquele que repele a força pública quando legítimamente o aprisiona: MORIN, *Journal du droit criminel*, nº 7.934; 2º, quando, não obstante o mal de que se ameaça exceda os limites da legitimidade, houve injustiça por parte do ameaçado... 2. GRAVE - A gravidade do mal não deve ser procurada na verdade absoluta, que pode ter ficado oculta ao agredido, mas na fundada opinião do próprio agredido. Considera-se como grave o mal que ameaça a vida, o corpo e o pudor, não o que ataca os bens, nem aquele que lesa a reputação, a não ser quanto a uma reação correlativa. E não obstante o comentário oficial do código Bávaro (art. 129, nota 1), o Código de Hesse Harmstadt e o código austríaco admitissem como dirimente a defesa da propriedade, a generalidade dos doutores e dos legisladores lhe atribui apenas uma eficácia minorante, que tem sua razão de ser na justiça do afeto motor; mas, quando isolada, nunca lhe reconhece força dirimente nos delitos de sangue. CARMIGNANI reduziu com muita exatidão científica o critério da gravidade do mal à sua irreparabilidade (*Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, vol. 2, p. 239, Pisa, 1832); e essa é a fórmula verdadeira, não só na teoria como na prática. De resto, é grave o mal para o efeito de que se cogita, tanto se é iminente para nós mesmos, como se o é para outra pessoa, embora esta não seja ligada a nós pelo sangue e, desde que inocente, injustamente agredida e impotente para salvar-se. ... 3. INEVITÁVEL - Certamente, se ao mal que nos ameaçava podíamos subtrair-nos de outro modo que não a violação da lei, tal violação deve permanecer punível, porque o arbítrio do agente já não estava jungido à escolha de dois males igualmente graves, e a lei da ordem podia ser observada, desde que ele elegeisse o meio inocente, com o qual teria evitado tanto o dano próprio como o alheio (Cfr. CARRARA, Francesco, Programa do Curso de Direito Criminal - Parte Geral - Volume I - Ed. Saraiva, 1956, p. 206-226).

A coação impede o alvedrio, tanto do elemento intelectual como do elemento volitivo do sujeito e dão as diretrizes da coação, em quaisquer de suas muitas espécies, v. g. física, moral, psíquica ou psicológica, ou ainda psicossomática, cerceia a faculdade da pessoa de dispor de si mesma, afronta sua liberdade de decisão, eiva, assim, a sua aspiração, impede sua capacidade e convicção própria, de discernir, ponderar, avaliar e decidir responsabilmente, segundo critérios subjetivos do bem maior ou o do mal menor.

O bem jurídico protegido aponta para a liberdade de decisão e realização de vontade, da pessoa, já que toda pessoa é dona de si mesma, sendo intolerável qualquer expediente que acarrete obnubilação a sua potência interior e ao seu sentido de volição. O ser humano, dentre tantos subsídios, é dotado de dois elementos, o elemento intelectual e o elemento volitivo, aquele pode subdividir-se em cerebral, mental e espiritual, já este entende-se como verdadeiramente vontade, intenção e desígnio para atingir um determinado desiderato.

A coação enseja circunspeto temor e medo à pessoa, impossibilitando-a de não apenas agir, mas pensar livremente, como também de exercitar o seu direito ao livre arbítrio, enseja sentimentos de confusão, instabilidade e incapacidade de pensar autonomamente. A coação física exercida contra uma pessoa, impede-a de agir livremente, mesmo que ela almeje profundamente uma atitude, convictamente agirá consoante encontra-se determinada fisicamente por seu agente coator, por meio de persuasão desonesta ou simplesmente menos leal.

A coação psicológica ou moral em desfavor de uma pessoa, enseja temor e medo substanciais, pois agride intrinsecamente seus sentimentos morais, neste caso, o sujeito ao ser coagido moralmente, age por meio de seus próprios movimentos, não obstante, age motivado por uma cabal pusilanimidade, pois possui a ciência em que caso não haja e atue consoante determinação exterior, sofrerá as devidas consequências, impulsiona-se movido para realizar atividades no contexto de uma função ou um determinado ordem.

Efetivamente a dignidade intrínseca da singularidade pessoal exige que a sua consciência e liberdade sejam respeitadas na prática, onde jamais podem abalar-se, seja o motivo que for, jamais haverá uma sobreposição do sistema perante o indivíduo, sua consciência e sua liberdade em nome da investigação policial ou da instrução processual.

### **3.2. INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL**

Há muitos séculos não se considera o corpo humano como objeto de sua propriedade, contudo, nada ensejou substancial relevância à integridade humanitária como a ascensão do cristianismo, colocando em voga à integridade física e moral das pessoas num caráter inviolável, intemporal e universal, pois sempre houve um histórico envolvendo a proteção jurídica dispensada ao corpo humano.

Ao ameaçar com palavras ou atitudes, coloca-se o sujeito em tamanho desacordo com aquilo que ele realmente pensa, fala e age, pois o anúncio feito pelo agente ameaçador pretende claramente infligir àquele um mal, mal este contra sua vida, sua integridade física, sua liberdade pessoal, sua liberdade e autodeterminação ou ainda de seus bens patrimoniais de considerável valor e o tamanho temor e inquietude ao sujeito, causado pela ameaça deve causar intencionada a uma ação pré-determinada, como também já pré-definida pelo agente ameaçador, pois este age motivado pela intenção e com vontade de provocar àquele medo, inquietação ou limitação da liberdade de determinação, com total ciência da prática de um delito, para então atingir um resultado almejado anteriormente.

No diapasão da Revolução Francesa, o juízo da integridade foi inserido diretamente à pessoa humana peculiarmente ao seu mais alto estado de equilíbrio e completo bem-estar físico, mental e social.

### **3.3. AMEAÇAS**

O cidadão reage motivado pela ameaça e sofre alterações no comportamento rotineiro de sua vida, já que a qualidade social da mesma despenca drasticamente com a redução de saídas e contatos, suspeição sobre estranhos, mudança de trabalho e residência ou até de cidade. As ameaças sofridas por pessoas contagiam e fortalecem a sensação de vulnerabilidade.

Instalam-se sobre sentimentos corpóreos e emocionais, sobretudo ensejam ainda, as sequelas sociais, unidos com a permanente situação de inquietação com as fontes concretas de ameaça, pois o medo é proporcional ao grau de ameaça real, tornando o sujeito simples meio para obtenção daquilo que será sua condenação fatal.

A ameaça pode significar manifesta intenção de fazer mal, possibilitado através de palavras, olhares, gesticulações ou outros desígnios subentendidos, cabalmente expressos ou mesmo enunciados, até prenúncio da execução de um mal futuro, mais ou menos próximo, a implicar clara intimidação.

Deve-se evitar que o cidadão torne-se um meio para o qual o sistema convictamente, calcado em suas irregularidades e pecados face negligência e incompetência em se respeitar princípios basilares como a proteção a vida, a integridade e a liberdade de seus cidadãos.

### **3.4. NARCOANÁLISE**

A expressão soro da verdade faz mais referência ao efeito que se procura em seu uso do que a uma substância específica, já que muitas substâncias químicas diferentes foram utilizadas como soro da verdade ao longo da história, como substâncias químicas variantes do pantotal sódico, amital sódico, amobarbital sódico, sodiopentathol, ácido lisérgico e inclusive o *ecstasy*. A narcoanálise surgiu em 1929, com a manipulação do barbitúrico amital sódico de uso endovenoso, efetuada em pacientes pelo Dr. Bleckwenn, todavia, apenas em 1936 o termo narcoanálise foi usado pela primeira vez por J. S. Horsley.

Em 1934 descobriu-se a mais poderosa dessas drogas de uso via venosa, denominado pentotal sódico, a droga, chamado pelo Dr. House, de soro da verdade, cujo logo conheceu-se como o mais útil de todos os barbitúricos, sobretudo, no Congresso Internacional dos Médicos Católicos.

Somente em 12% dos criminosos possibilitou-se a obtenção de uma confissão espontânea, sendo que em 30 % obteve-se uma confissão parcial, demonstrando, ao menos ao direito criminal, tratar-se de um sistema completamente obsoleto e totalmente duvidoso em especial como meio de obtenção de prova.

### 3.5. TORTURA

No sistema civil romano, a prática da tortura, como meio de prova e posterior avaliação da confissão obtida, deixou seu estigma como peça processual, conhecida como tortura judiciária, traduzido em violência e suplício impostos ao acusado ou indiciado com o objetivo de apurar-se uma verdade, muitas vezes inexistente.

Os gregos, ao inventarem a idéia de um direito abstrato, ensejaram um fator desconhecido nas relações sociais humanas, pois. houve a transição de um sistema jurídico atrasado e comum, à um sistema complexo, o qual tinha como característica fundamental a distinção entre o homem livre, leia-se cidadão grego, e o escravo, como também os problemas concernentes as provas.

O surgimento do famigerado Ordálio se fez presente quando havia julgamento de crimes capitais, sendo uma das partes, nomeadamente, o réu ou acusado, pessoa com má reputação, pelo fato na descrença de sua palavra, remetia-se a solução ao julgamento de Deus, tendo em visto que se escapava da esfera de competência humana, por se tratar de um assunto impossível de resolução, sendo o processo jurídico humano ineficaz.

A confissão fixou seu lugar como algo absoluto dentro do processo, a manter intacto o seu valor, sendo considerada o apogeu máximo das provas, definida como *Regina Probationum*, a rainha hierárquica de todas as provas. Seguindo a doutrina da *mala fama* ou «*má reputação*», alcançada por definições do direito romano da *infamia*, os Tribunais Eclesiásticos, auxiliados pelas mudanças jurídicas ocorridas entre os séculos IX e XIII, enfraqueceram substancialmente a interpretação de inviolabilidade do acusado.

O Quarto Conselho de Latrão, realizado em 1215, obrigava todos cristão a confessar-se ao menos anualmente, definida como confissão sacramental, e ainda, obrigava os

judeus a vestirem-se diferencialmente dos cristãos. No início do Século XIII, já se utilizava da tortura como arranjo policial, ou como, em Vercelli se definia, *méthode policirem*, posteriormente a prática da tortura ocorria somente aos homens considerados desprezíveis, *vilissimi homiones*, e apenas dirigida ao processo criminal.

Somente em meados do Século XIII, os canonistas já aprovavam sua prática ao processo civil. Era somente no *inquisitio specialis* que se aplicava a tortura, e assim, obrigatoriamente deveria seguir seus trâmites legais. Primeiro, a tortura somente seria aplicada ao acusado, sob a condição de existir ao menos uma testemunha ocular, ou ainda, um número considerável de *indicia* que apontassem circunstâncias e probabilidades que o acusado teria cometido o delito.

O decretal do papa Inocêncio IV liberava a prática da tortura, contudo, impedia que os próprios clérigos a aplicassem, situação resolvida ulterior o decretal *Ut negotium*, expedido em 1256, e elaborado por Alexandre IV, que previa a remissão recíproca aos padres que praticassem a tortura em nome da Igreja Católica, contra os hereges. Com a ascensão do processo inquisitório eclesiástico, surgiram divergências ingentes ao que cerne no processo inquisitório vulgar.

Com a invenção da imprensa, e a divulgação de tratados, legislações e estudos jurídicos realizados pelos especialistas, o campo da prática da tortura demasiadamente difundiu-se, antes aplicada somente aos acusados, ora, submetem-se as testemunhas. Na Itália havia juízes conhecidos como *iuduces malitiosi*. Havia um consenso geral que além da tortura retirar do réu sua confissão, também avaliava-se sua resistência física e até mental ao aflição sofrida.

O *Constitutio Criminalis Carolina*, datado do ano de 1532, dirigida ao Império, a *Ordonance Royale* de 1537, para a França, a *Nueva Recompilacion* de 1567, para a Espanha, o Decreto de Filipe II, datado de 1570, para a Holanda Espanhola e reiteradamente, a *Grand Ordonnance Criminelle*, de 1670, dirigido a França, formaram o maior *codex* de legislação concernente a regulamentação da tortura que já se tinha ouvido falar, divulgando-os e aplicando-os indistintamente na maior parte do mundo.

O Século das Luzes responsabilizou-se pelo ímpeto sentimental e moral exacerbado a favor da pessoa humana, o movimento abolicionista firmou a conotação da tortura como aviltante aos direitos humanos e especialmente aos próprios seres humanos, uma antítese aos ideais humanitários e liberais, uma veraz ameaça a lei e a razão.

Enunciado pela primeira vez por FEUERBACH, em sua obra *«Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, § 20, 1801»*<sup>(3)</sup>. O princípio *Nullum*

---

(3) ANDRADE, Manuel da Costa, Sobre as Proibições de Prova, Ed. Coimbra, rodapé, p. 349.

*Crimen, Nulla Poena Sine Lege* consagra a defesa da liberdade e da garantia de todos os indivíduos, na qualidade da lei sempre, em todas as hipóteses, ser estrita, prévia e certa. «Sob a fórmula inalterada permaneça também a intenção normativa originária e iluminista (iluminístico-positivista) que com ela se imputava ao princípio» NEVES, A. Castanheira, *ibidem*, p. 350. Seus corolários normativos identificados pelos brocados latinos *Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Scripta, Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege Praevia*. «É concretamente o âmbito do mesmo poder que se visa determinar, mediante a proibição da retroactividade penal em referência aos vários níveis normativos em que essa retroactividade se pode verificar», *ibidem*, p. 390).

Vinculação imediata dos poderes públicos e das entidades privadas; sujeição das leis restritivas aos princípios da exigibilidade ou necessidade, da adequação e da proporcionalidade; responsabilidade solidária do Estado e demais entidades públicas nos casos de violação desses direitos por parte dos seus funcionários ou agentes; proibição constitucional de revisão do regime de direitos, liberdades e garantias, se essa revisão traduzir num retrocesso, diminuindo os privilégios constitucionalmente consagrados. CANOTILHO. J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *op. cit.*, p. 141.

No início do século XIX o direito reconheceu finalmente aos cidadãos seus direitos, liberdades e garantias em um único nível, intangíveis e coesos entre si, harmonicamente conexos. Esta aliança se consolidava por meio das Constituições, que corroboravam ser a pessoa humana e seus direitos naturais e inalienáveis como pedra angular de todo o sistema jurídico.

A chave desta aliança chamava-se lei, e portanto, tornava todos os cidadãos iguais, sem quaisquer privilégios ou prerrogativas, todos são iguais perante a lei e somente ela garante a razão, a justiça e a igualdade. O portador da chave é o Estado, ele tem por função garantir e proteger os direitos inerentes dos seus cidadãos, direitos naturais mais antigos que a própria concepção de Estado, claramente alusivo ao Direito Natural.

A Carta das Nações Unidas de 1945 abriu caminhos promissores e inovadores, em seu art. 55.º exigia «um respeito universal pelos direitos humanos e liberdades fundamentais, e o seu cumprimento par todos sem distinção de raça, língua ou religião», a renovar um sentimento humanitário perdido em tempos de guerra. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral da ONU a 10 de Dezembro de 1948, prescreve em seu art. 5.º: «Ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes». A Assembleia Geral das Nações Unidas em data de 16 de Dezembro de 1966, adoptou por Resolução sob n.º 2200 A (XXI) e editou o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o qual vigorou em data de 26 de Março de 1976, prescreve em seu art. 7.º: «ninguém será submetido à tortura nem a pena ou a tratamentos cruéis, inumanos ou

degradantes. Em particular, é interdito submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento».

A Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adoptada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de Dezembro de 1984, com ratificação por Portugal em 9 de Fevereiro de 1989, define em seu Art. 1.º tortura: « Para fins da presente Convenção, o termo «tortura» designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

### **3.6. HIPNOTISMO**

A hipnose é um estado alterado de consciência particular do homem, induzido através de técnicas de sugestibilidade, permitindo ao agente hipnotizador influenciar, por meio de sugestões e insinuações, as condições psíquicas, somáticas e viscerais do sujeito hipnotizado, contudo, primordialmente, fez-se uso da hipnose à época era dos monges da Coríntia.

Também se atribui sua origem através da própria natureza, e apesar de origem etimológica ser Hypnos, o deus grego do sono, nada se relaciona com o mesmo. Entretanto, seu uso tomou consideráveis proporções nos tempos modernos através das experiências e teorias de Frans Anton Mesmer, e Armand Jacques Chastenet de Puységur (1751-1825), não obstante, o hipnotismo em pouco tempo tornou-se alvo de severas críticas, já que era praticado, na maioria das vezes por charlatões e vigaristas, os quais através de seus talentos superavam a ingenuidade dos habitantes em povoados e vilas.

Até que, em fins do século XIX, Jean Martin Charcot, médico e chefe do hospital de Salpêtrière, empregou o hipnotismo como tratamento medicinal aos pacientes sofredores de males neurológicos, como os neuróticos, epilépticos e histéricos, junto ao Hospital Escola de Salpêtrière, dando-lhe um carácter metodológico científico, pois a hipnose era uma forma de ajudar os doentes neurológicos a transpor barreiras como medos e traumas. A hipnose difere-se do sono comum, já que o indivíduo que dorme reage ou acorda somente a partir de estímulos

mais fortes, o sujeito hipnotizado pode reagir facilmente a estímulos débeis ou a comandos verbais simples.

A prática da hipnose não passa de uma situação tão inócua como inepta, pois não há sequer algum grau de confiabilidade que comprove sua eficácia, pois consoante demonstra os largos estudos da matéria.

O sujeito única e exclusivamente se encontrará em estado hipnótico se desejar ou possuir a intenção, e deste modo poderá agir de acordo com seus totais interesses e gostos, assim este sistema deve ser imediatamente descartado, a fim de evitar maiores engodos e fraudes.

### **3.7. MEIOS CRUÉIS**

A crueldade humana ultrapassa barreiras temporais sem qualquer esforço, parece inabalável e torna-se cada vez mais atroz, cada vez mais solidificada em nossa contemporaneidade, sem que haja sinais de se findar, tampouco de esmorecer. Infelizmente vivemos em um mundo relevante de situações que acovardariam o mais corajoso dos homens, deixariam-no abismado face atrocidades que cometem uns contra outros, ausente de remorsos ou culpa, com a única finalidade de obter algo, mesmo que o preço a ser pago, seja a vida humana.

O sujeito busca em seu mais profundo pensamento todas as razões possíveis de sua prisão e talvez encontre todas as respostas, exceto a verdadeira. É possível mesmo que comece a crer em meras conjecturas, como se fossem verdadeiramente os fatos que estão lhe acusado e sequer jamais existiram. Comumente se compreende que a fadiga e a ansiedade, originados pelo tratamento cruel e imposta ao sujeito, provocam uma certa sugestionabilidade, responsável por iludir a verdade, sendo fruto da persuasão do agente estatal. Este é o ponto exato em que há probabilidade de ocorrer um estado de intensa sugestionabilidade, em virtude da fadiga e indisposição.

Um dos métodos mais cruéis que a humanidade conhece consiste no total impedimento do adormecer, o sujeito torna-se um prisioneiro do próprio sono, pois permanece sem dormir durante dias, sendo que no período noturno mantém-se o sujeito deitado sob uma forte luz elétrica brilhante, e quando o cansaço vence toda a sua hombridade, ao adormecer acordavam-no em intervalos de quinze em quinze minutos, sem encontrar ou lograr êxito em solucionar o problema.

Desrespeitado a pessoa humana e sua dignidade intrínseca aliados a busca de soluções ou melhor dizendo, busca de condenações dentro da prestação jurisdicional penal.

### **3.8. DETECTOR DE MENTIRAS**

A prática do uso do detector de mentiras, polígrafo ou *lie detector* surgiu nos Estados Unidos em 1921. Este aparelho eletrônico afere os parâmetros fisiológicos das emoções, evidenciando as alterações dos ritmos electroencefalográficos, dos níveis de contração muscular, da resistência elétrica da pele provocada pelas alterações da sudorese, do traçado electrocardiográfico, da vasoconstrição das extremidades, da amplitude e da frequência dos movimentos respiratórios, velocidade da respiração, pulso, etc - das pessoas, conseqüentemente pode detectar um estado de excitação de um indivíduo, stress ou um conflito emocional de acordo com os critérios pré-definidos, parte do princípio de que quando uma pessoa mente, automaticamente e espontaneamente a mesma se emociona e se estressa.

Uma pessoa treinada e preparada psicologicamente e mentalmente, impossibilita o uso detector de mentiras, pois consegue transpô-lo sem sofrer alterações que sejam perceptíveis pela máquina, e por seu um sistema naturalmente falho, há vários métodos ludibriadores que corroboram o seu malograr. O uso do detector de mentiras exige alguns procedimentos especiais, não deve sofrer qualquer tipo de interferência externa, como barulho de telefone, conversa ou movimentação causada por trânsito de automóveis e outros veículos automotores. Contudo, devem-se tomar cuidados para que a calibragem não seja equivocada, de modo que haja apenas uma pessoa falando entre o sujeito submetido ao detector de mentiras e a própria máquina, pois caso exista ruídos exteriores ou ainda outras vozes a calibragem tornar-se-á inválida. Ainda, o aparelho de detector de mentiras não encontra-se apto a convalidar respostas de espécie monossilábica, v.g. sim/não, mister angariar respostas desenvolvidas por meio do raciocínio livre do sujeito, como por exemplo, «não, eu fiquei em casa sábado à noite».

O detector de mentiras afere, entre outras, mudanças nas batidas do coração, pressão arterial e respiração, contudo não há estudos científicos que convictamente afirmem que as alterações fisiológicas sofridas pelo sujeito são causadas única e exclusivamente por estar o mesmo a mentir, e o uso do detector de mentiras configura grosseira e abissal violação à liberdade, à dignidade e à privacidade do cidadão, dentro de um Estado Democrático de Direito, cujo ferimento é fatal a concepção de pessoa humana, em sua vida, sua integridade física e moral, sua privacidade, sua moral e honra objetiva e subjetiva, como também sua imagem,

direitos estes amplamente assegurados e previstos no ordenamento jurídico representado, senão pelo maior, a Constituição da República.

### **3.9. A ADMINISTRAÇÃO DE MEIOS DE QUALQUER NATUREZA, A PERTURBAÇÃO, POR QUALQUER MEIO, DE CAPACIDADE DE MEMÓRIA OU DE AVALIAÇÃO**

A perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de administração de meios de qualquer natureza, a perturbação por qualquer meio da capacidade de memória ou de avaliação são conceitos amplos e irrestritos, prescindíveis de minuciosas descrições, pois na medida em que há - não sabemos se devemos chamar assim - evolução gradativa - , o ser humano, malgrado sua imaginação inesgotável, encontra técnicas cada vez mais modernas, proporcionalmente injustas e desleais, para auferir os seus propósitos e desideratos com ausência de qualquer remorso ou culpa.

Todavia, o agente estatal ao perturbar a liberdade de vontade ou de decisão através de meios de qualquer natureza sistematicamente escarnece, ridiculariza, menospreza e impede a liberdade de decisão do sujeito, a violar sua integridade moral, já que, a tumultua, como também a atrapalha. Os meios de qualquer natureza consistem na prática de atos que possam acarretar moléstia ou perturbação à tranquilidade pessoal. Ocorrem sempre que forem causados incômodos, aborrecimentos, amuamentos ou irritações ao sujeito, por parte do agente estatal de modo proposital, intencional e deliberado.

A perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de administração de meios de qualquer natureza, ou a perturbação por qualquer meio da capacidade de memória ou de avaliação decorrem de diversas formas, bem como também de vários agentes e fatores, os mais preponderantes consistem nos agentes externos, que podem ser mecânicos, físicos ou químicos.

### **3.10. A ADMINISTRAÇÃO DE MEIOS DE QUALQUER NATUREZA, A PERTURBAÇÃO, POR QUALQUER MEIO, DE CAPACIDADE DE MEMÓRIA OU DE AVALIAÇÃO**

A perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de administração de meios de qualquer natureza, a perturbação por qualquer meio da capacidade de memória ou de

avaliação são conceitos amplos e irrestritos, prescindíveis de minuciosas descrições, pois na medida em que há - não sabemos se devemos chamar assim - evolução gradativa - , o ser humano, malgrado sua imaginação inesgotável, encontra técnicas cada vez mais modernas, proporcionalmente injustas e desleais, para auferir os seus propósitos e desideratos com ausência de qualquer remorso ou culpa.

A perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de administração de meios de qualquer natureza, ou a perturbação por qualquer meio da capacidade de memória ou de avaliação decorrem de diversas formas, bem como também de vários agentes e fatores, os mais preponderantes consistem nos agentes externos, que podem ser mecânicos, físicos ou químicos. Contudo, seja da forma que for, é inadmissível qualquer prova obtida mediante essa violação seja a tranquilidade, a capacidade de memória ou por fim de avaliação.

### **3.11. MEIOS ENGANADORES**

A infundável guerra entre Estado e criminalidade deu origem à figura do homem de confiança ou agente provocador - *Gewährs, Vertrauens-Männer* ou *Spitzel-agent provocateur*, à medida em que houve evolução em nosso mundo contemporâneo, houve também progressos no submundo criminal, até podemos salientar que este progresso é maior e mais relevante no segundo caso que no primeiro.

Pode-se considerar o agente infiltrado ou provocador como verdadeiramente agente misto, pois atuam sob o erro e ou engano das pessoas, provocados astuciosamente, pois a conduta deste agente comporta a manipulação de outra pessoa, caracterizando-se por uma sagacidade, que envolve a escolha de meios inidôneos para conseguir obtê-los, sendo assim na adequação de meios que radicam a astúcia, o que implica, a adequação do comportamento do agente à criação do erro ou engano.

Obrigatoriamente deve pautar-se pelas regras gerais escritas na Constituição da República, contudo acaba-se por aceitar alguma excepcionalidade no modo de obter as provas e finalmente condenar, o que de qualquer forma sempre deve ser rechaçada e assim legitimam-se comportamentos que atinjam intoleravelmente a liberdade de vontade ou de decisão das pessoas. E especialmente dentro de um devido processo legal jurisdicionalizado. Antes era só fingimento e engodo, agora é real e verdadeiro, o agente misto tornou-se um real criminoso.

O meio enganoso enquanto forma de obter uma prova, de a extorquir, pode assumir um conjunto multifacetado de situações que vão desde o emprego da tortura, à coacção e outras formas invencíveis de extorsão da confissão como «a ameaça com medida legalmente inadmissível», método proibido pela al.

D) do n. 2 do artigo 126. do CPP, ou então «a confissão que o arguido só fez porque as autoridades que procederam ao interrogatório o fizeram fraudulentamente acreditar na existência de material probatório irresistível, ou ainda a falsa informação ao arguido... Meio enganoso haverá ainda em certas situações de «produção ou exploração fraudulenta do erro. Desde as manifestações mais ardilosos e gravosos de indução dolosa activa do erro, ao aproveitamento de erro já subsistente, à mera omissão do esclarecimento destinado a dissipar o erro». Cfr. MEIREIS, Manuel Augusto Alves, op. cit., p. 205.

Consideram-se também como meios enganadores, as mentiras grosseiras os métodos ardilosos e insidiosos que possam comprometer a liberdade de declaração do sujeito, liberdade que sempre devera ser preservada.

#### **4. TEORIA DA ESFERA JURÍDICA (RECHTSKREISTHEORIE)**

A Teoria da Esfera Jurídica tem como seu maior e mais fiel defensor SCHÄFER, e define-se na situação em que há uma violação da esfera jurídica do sujeito ensejada por uma transgressão no modo de auferir e produzir uma prova. SCHÄFER refere-se a «*um princípio geral e fundamental do processo penal segundo o qual o acusado só pode impugnar um vício processual se e na medida em que ele é prejudicado*» <sup>(4)</sup>, e originou-se através do labor jurisprudencial do Tribunal Federal da Alemanha:

*Numa das formulações clássicas e mais recorrentemente citadas (BGH, 11, 213), 'tudo está em saber se a violação da lei atinge de modo essencial a esfera jurídica de quem pretende interpor recurso ou, pelo contrário, se tal é para ele de reduzido ou mesmo nenhum significado. Neste juízo deverá atender-se sobretudo à razão de ser dos preceitos legais como aos portadores dos interesses em nome dos quais eles foram proclamados» Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, op. cit., p. 91 Como Deixamos antecipado, com a Rechtskreistheorie o Tribunal Federal visava em primeira linha demarcar as hipóteses de legitimidade de recurso (de revista), só de forma indirecta e reflexa curando de dar resposta ao problema da proibição de valoração. Resumidamente, o arguido só poderá interpor recurso nos casos em que a norma violada em sede de produção da prova está preordenada à tutela da sua esfera jurídica e não de quaisquer outros interesses". <sup>(5)</sup>.*

Quando há uma violação em desfavor de seu núcleo essencial, e unicamente na proporção em que este for prejudicado, outrossim, o acusado não poderia requerer alguma

---

(4) MEIREIS, Manuel Augusto Alves, O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal, Ed. Almedina, 1999, p. 224.

(5) ANDRADE, Manoel da Costa, p. 92.

anulação ou impugnação processual pelo fato de haver uma infração às normas de direito processual penal, tampouco alguma agressão ao Estado Democrático de Direito, e sim apenas quando for diretamente prejudicado, totalmente despropositada tal teoria.

Todavia, a Teoria da Esfera Jurídica encontra grande resistência – e na verdade majoritária - em outros doutrinadores, como por exemplo, ROXIN, ROGALL e SCHMIDT, já que defendem que o núcleo essencial do acusado se encontra intrinsecamente ligado a lisura do processo, que ao feri-lo, fere-se automaticamente os ideais de justiça:

*Por um lado – argumenta, por exemplo ROXIN – ao arguido assiste não só direito de que sejam observados os preceitos especificamente preordenados à sua tutela, mas também o direito geral de que seja assegurada a conformidade do processo à ideia e às exigências da justiça. Também as violações nesta área atingem, por isso, a sua esfera jurídica e podem justificar uma proibição de prova, o que patenteia a inadequação do critério de apartar as águas. (6).*

Entre as consideráveis divergências entre os doutrinadores, levando à tona que não é qualquer prejuízo contra os indivíduos possa ser sopesado como violação a norma de obtenção e valoração de provas, como também nem todos os interesses do acusado são intrinsecamente conexos aos seus direitos subjetivos:

Por outro lado e inversamente, é consensual o entendimento de que nem todas as violações que colidem com a esfera jurídica do arguido devem implicar, sem mais, uma proibição de valoração...O facto de a sua violação contender directa e univocamente com a esfera do arguido não tem impedido o Tribunal Federal de denegar sistematicamente a sanção da proibição de valoração. Tal só é possível apelando para tópicos ou princípios que transcendem claramente a teoria da esfera jurídica originária.” E também MEIRES, Manuel Augusto Alves, op. cit., p. 225. “Mas a principal crítica que geralmente é dirigida a esta teoria tem a ver com seu carácter reducionista. O critério da lesão da esfera jurídica não deve ser decisivo; há interesses do arguido que não se reconduzem à defesa dos seus direitos subjectivos e há lesões de direitos subjectivos que não podem determinar, sem mais, uma proibição de valoração. (7)

#### 4.1. TEORIA DOS TRÊS GRAUS

A vida privada ainda consiste em atos cotidianos, normais, triviais, estabelecidos em residência, em conjunto com a esposa e os filhos, elementos indissociáveis deste fazer diário contínuo, os quais, todos, constituem a própria vida do sujeito. A vida privada compõe, ainda, conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem qualquer constrangimento, v. g. dados como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, entre outras, condicionam a interação humana em sociedade, pois constituem

---

(6) Cfr. ROXIN, apud Ibidem, p. 93.

(7) Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, op. cit., p. 93.

elementos de identificação que tornam a comunicação corrente e segura para todos os atos e negócios jurídicos.

E a Teoria dos Três Graus explica que a pessoa compõe-se de um núcleo essencial, formada por três esferas ou camadas, a da intimidade, a da vida privada e a da vida trivial, pois «Devem distinguir-se três áreas ou esferas na vida privada, segundo a proximidade em relação ao círculo extremado da intimidade e, por isso, ao carácter mais ou menos contínuo e absoluto da respectiva tutela jurídica».<sup>(8)</sup>, tem sua gênese, tal como a Teoria da Esfera Jurídica, pelo labor jurisprudencial, entretanto adveio do Tribunal Constitucional Federal Alemão, defensora assídua do direito à privacidade e intimidade, como também do segredo profissional.

O primeiro grau ou esfera compreende a esfera da intimidade, esfera considerada como «área nuclear, inviolável e intangível da vida privada, protegida contra qualquer intromissão das autoridades ou dos particulares, e por isso, subtraída a todo o juízo de ponderação de bens e interesses»<sup>(9)</sup>, por conseguinte, exige-se a ausência de qualquer ponderação, sequer dos interesses superiores da comunidade, a fim de caracterizar a sua absoluta impenetrabilidade

Para finalizar, o último e mais irrelevante segmento da Teoria dos Três Graus, a vida trivial ou comum, sem qualquer desmerecimento, todavia são situações próprias da vida comum comercial, onde suas lesões são socialmente adequadas e toleradas. MEIRES comenta sobre o assunto em sua obra:

*A terceira esfera compreende ainda um conjunto de situações que, embora digam ainda respeito à imagem e à palavra da pessoa, não merecem, no entanto qualquer tipo de tutela. Cabem nesta terceira esfera as situações próprias da «vida comercial», em que «o conteúdo objectivo das palavras avulta de tal maneira em primeira linha» que «a personalidade do autor das palavras recua praticamente pra um plano secundário, perdendo a palavra falada o seu carácter privado»<sup>(10)</sup>.*

A Teoria dos Três Graus encontra ainda um problema tanto quanto substancial e que não parece ser tão fácil de solucionar, a delimitação das três áreas diferenciadas da privacidade, onde cada uma começa e onde termina cada grau, professor português tira de letra quando escreve: «isto dadas sobretudo as dificuldades de demarcação segura das fronteiras que separam as três áreas e os respectivos regimes, entre as quais medeiam, mais do que linhas de clivagem e de contrastes, zonas de penumbra»<sup>(11)</sup>.

---

(8) Cfr. Ibidem, p. 94.

(9) Cfr. Ibidem, p. 94.

(10) MEIREIS, Manuel Augusto Alves, op. cit. p. 226.

(11) Cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, op. cit., p. 97.

## 4.2. TEORIA DA PONDERAÇÃO

Defendida principalmente por ROGALL, e de uma forma esforçou-se para encontrar respostas para findar os problemas concernentes a proibições de prova, já que:

*Pertence às premissas desta doutrina que a ponderação terá de proceder em termos concretizadores e globalizantes. Saber se a uma violação processual deve ou não reagir-se com a proibição de valoração é uma questão que só comporta uma resposta normativa, fazendo, nomeadamente, relevar o interesse concreto na perseguição penal, a gravidade da violação legal bem como digamos de tutela e a carência de tutela do interesse sacrificado. ROGALL, NStZ 1988, p. 391, Apud ANDRADE, Manuel da Costa, op. cit., 100*

Em outras palavras faz-se um parâmetro, a partir de um caso concreto, em primeiro lugar coloca-se o próprio interesse protegido pela proibição e a sua carência, como também se há ou não um caso de lesão, e o seu determinado grau, ulterior, em segundo lugar, põe-se em pauta o interesse da justiça e da comunidade com o caso. Tal teoria não encontra respaldo, e segundo MEIRES, “*esta teoria da ponderação revela-se desde logo desaconselhada devido à incerteza e insegurança em que coloca os arguidos, os suspeitos e as pessoas em geral*”<sup>(12)</sup>.

## 4.3. TEORIA DA GRAVIDADE (SCHWERETHEORIE)

A Teoria da Gravidade recebeu críticas acirradas, nomeadamente por ser extremamente frágil em seu enquadramento aos direitos positivos vigentes, pois considera que “*(...)uma doutrina que, para além das debilidades do ponto de vista da operatividade, enferma outrossim do vício de não se ajustar inteiramente ao direito vigente*»<sup>(13)</sup>. Representada por HERMANN MÜLLER, a proibição de valoração da prova será igualmente e proporcionalmente conexas à gravidade da infração à lei. COSTA ANDRADE, explica de uma forma simplificada “*(...)será a gravidade da infracção à lei, em sede de produção de prova, a existência duma violação processual grosseira (schwerewiegender Verfahrensverstoss) que decidirá em primeira linha da cominação da proibição de valoração*»<sup>(14)</sup>.

---

(12) MEIRES, Manuel Augusto Alves, op. cit., p. 228.

(13) Ibidem, p. 101.

(14) ANDRADE, Manuel da Costa, op. cit. p. 100.

Calcada na Teoria da Gravidade, PETERS criou sua teoria, e a apresentou no 46.º Congresso dos Juristas Alemães, com maior estudo e firmeza dogmática, divide as regras de proibições de prova em conceitos limitadores, em primeiro lugar proibições de perseguição de prova (*Beweisverfolgungsverbote*), e em segundo lugar proibições do processo de prova (*Beweisverfahrensverbote*).

A primeira divisão, proibições de perseguição de prova (*Beweisverfolgungsverbote*), é conhecida *ex officio*, constituem a manifestação do parágrafo 136a) da StPO, são inadmissíveis e intranscendentes de quaisquer violações. Em sentido convergente MEIRES assinala «*as primeiras proibições que determinam a absoluta impossibilidade de produção da prova ...*» (15).

O segmento ulterior, as proibições do processo de prova (*Beweisverfahrensverbote*), dependem de arguição, admite-se a violação dos limites processuais, desde que vinculada a determinados pressupostos, como por exemplo, o consentimento. COSTA ANDRADE escreve sobre o assunto:

*As segundas, pelo contrário, apenas limitam (excepcionalmente) o espaço em princípio aberto à perseguição penal. 'A provaem si pode ser levada a cabo, só que vinculada a determinados pressupostos. Dados, porém, estes pressupostos (consentimento, concordância) ou eliminados os correspondentes obstáculos, a realização da prova pode ter lugar. Só está excluída sob determinada circunstância. A não observância destes pressupostos ou obstáculos constitui um mero vício processual (Verfahrensfehler); o tribunal não ultrapassa aqui as fronteiras da prova mas apenas os limites processuais que lhe são postos. Manuel da Costa, op. cit. p. 102.*

Curiosamente, tanto uma violação em *Beweisverfolgungsverbote*, como em *Beweisverfahrensverbote*, acarretaria a proibição de valoração de respectivo meio de prova, pois a violação originada de perseguição de prova enseja a respectiva proibição dessa valoração, no primeiro caso é e poderá ser decretada *ex officio* e no segundo caso, por meio de requerimento da parte.

#### **4.4. TEORIA DO FIM DE PROTECÇÃO DA NORMA (SCHUTZZWECKLEHRE)**

Esta teoria considera duas alternativas bem distintas para uma possibilidade de valoração da prova obtida, em primeiro lugar se houver nítida frustração por si só na produção ilegal da prova em seu sentido de proteger a norma que proíbe a prova, não ocorrerá proibição de valoração desta prova obtida através deste meio. Em outro lado e segunda hipótese, caso haja

---

(15) MEIRES, Manuel Augusto Alves, op. cit.. p. 228.

uma valoração da prova obtida mediante determinada violação, não do meio e sim exclusivamente de sua valoração, estamos diante de uma absoluta proibição na valoração da prova. Mais uma vez COSTA ANDRADE elucida:

*Tudo está em saber se: a produção ilegal da prova representa já, de per si, a frustração definitiva e irreversível do fim de proteção da norma que proíbe a prova, ou se, inversamente, é só a valoração da prova ilegalmente obtida que consuma ou, pelo menos, aprofunda a lesão do interesse protegido. Na primeira hipótese, não ocorrerá qualquer proibição de valoração; já na segunda a regra tenderá a ser a proibição de valoração. ANDRADE, Manuel da Costa, op. cit. p. 103 e ainda MEIRES, Manuel Augusto Alves, op. cit. p. 103. “...partem de uma teoria de base teleológica, devemos determinar e precisar o momento em que se dá a lesão do interesse protegido: se no momento da produção de prova, se no momento da sua valoração; no primeiro caso estaríamos perante uma violação de regras de produção de prova, ao passo que no segundo caso estaríamos perante uma verdadeira proibição de prova(...)”.*

A Teoria do Fim de Proteção da Norma é defendida por autores como GRÜNWARD e RUDOLPHI, desenvolvida a partir da doutrina da imputação subjetiva, e considera a finalidade de proteção da norma, e assinala que o meio de prova deve ser valorado se existisse a hipótese de chegar até ele de um modo dentro da lei.

#### **4.6. TEORIA DOS PROCESSOS HIPOTÉTICOS DE INVESTIGAÇÃO**

Consiste a Teoria dos Processos Hipotéticos de Investigação uma observação através dos processos hipotéticos de investigação, e nomeadamente o elemento da causalidade, com a mesma ideia central que à Teoria do Fim de Proteção da Norma, contudo, faz-se uma comparação entre a hipótese de alcançar o mesmo resultado por meio de um modo consoante ao direito, e porquanto evita-se a ação lesiva à lei, e tem como base os comportamentos lícitos alternativos da dogmática penal, e como seu defensor KLUG, de uma forma simplificada COSTA ANDRADE preleciona:

*Na sua formulação mais simples: a violação dum proibição de produção de prova não determina a proibição de valoração do meio de prova sempre que se possa afirmar que aquele meio se teria igualmente obtido caso se tivessem respeitado as normas processuais violadas e (...)Resumidamente, a inevitabilidade da violação da lei – dada a possibilidade de obtenção do mesmo resultado através de processo alternativo e conforme ao direito – retira àquela violação a eficácia ou relevância causal no contexto da produção da prova. Em termos substancialmente convergentes e continuando a levar as questões à sede de causalidade, viria posteriormente WELP a sustentar que a obtenção ilegal de*

*um meio de prova pode 'até certo ponto' ser 'ultrapassada' pela consideração duma agressão sucedânea hipotética (hypothetische Ersatzeingriff)*  
ANDRADE, Manuel da Costa, op. cit. p.107 e 108.

O comentário à cerca do entendimento de ROXIN parece-nos enquadrado ao bom senso da negativa de consentir com a valoração da prova quando ela pode ser devidamente extraída e chegar ao exterior sem alguma mácula, só que desta vez com apoio imprescindível do Judiciário.

#### **4.7. TEORIA DA PRIORIDADE DA RENOVAÇÃO DA PROVA**

É inaceitável a simples possibilidade de reiterar um ato jurídico, investigativo ou instrutivo, o qual já violou uma norma jurídica, e desta feita, realizá-lo sem as máculas, como se simplesmente houve um poder de apagar ou até mesmo ensejar amnésia à pessoa que sofreu todas as suas consequências e efeitos, é defendida por DENCKER, na medida em que a Teoria da Prioridade da Renovação da Prova consiste na repetição da mesma prova, sem os mesmos vícios que a macularam. COSTA ANDRADE explica:

*Resumidamente, segundo DENCKER, a superação das ilegalidades a nível da produção de prova deve, sempre que possível, fazer-se pela via da repetição, sem vícios, da produção de prova (Priorität der Nachholung des Beweises). Mesmo nas hipóteses em que a renovação da prova se revele inviável – por impossibilidade prática ou pela desproporcionalidade dos seus custos – pretende DENCKER manter-se fiel à 'decisão de valor do princípio da repetição (Wertentscheidung des Wiederholungsprinzip)'. Para o que propõe o exercício mental de representação do curso da prova, expurgado das ilegalidades cometidas. ANDRADE, Manuel da Costa, op. cit. p. 110, rodapé.*

Uma vez violada a norma jurídica, o Estado jamais poderá proferir um decreto condenatório exatamente com base naquilo que sempre defendeu e protegeu, ou estaria dando oportunidade para fundamentar uma sentença justamente em atos e fatos que foram devidamente constatados como ilícitos, em nosso entendimento é totalmente inaplicável esta teoria, pois se já houve uma agressão ou violação à uma norma jurídica para conseguir auferir a respectiva prova dela retirada, não há fala-se em alguma possibilidade de valoração da mesma, injustificável o apelo desta prova ser convalidada, pura e simplesmente pelo fato que a mesma poderia ser repetida sem a violação da norma jurídica.

#### **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS E ALGUMAS REFLEXÕES**

O presente trabalho apresentou questionamentos como seria o vínculo efetivo entre a produção probatória e a sua valoração jurisdicionalizada, com as especificações aqui aduzidas, demonstrou-se sim que a Autoridade Judiciária jamais deve aderir às provas produzidas de maneira e de forma ilícitamente na investigação preliminar ou mesmo produzida dentro do processo penal para formar o seu livre e íntimo convencimento, bem como ao ter seu contato processual com a prova produzida de maneira ilícita deve imediatamente declara-se impedido e declinar a competência pois encontra-se contaminado, seja esse o autorizador ou não desse meio de obtenção de uma prova ilícita, deve-se convictamente jamais permanecer nesse no processo ou procedimento, e indubitavelmente, senão declarar-se como suspeito, deve fazê-lo de maneira de autointitular-se impedido e mesmo assim até como juiz incompatível ao presente processo, sendo que todas as provas demarcadas como lícitas, derivadas ou devem ser extraídas do processo.

E dentre as teorias de provas ilícitas adotadas no sistema brasileiro, a observância geral é se, ofenderem qualquer direito material, enseja um raciocínio convergido diretamente a sua total inadmissibilidade de aceitação, tanto como meio de valoração para a acusação como meio de valoração para defesa, e dentro de um processo penal polido e escorreito e especialmente obediente e intrinsecamente conexo ao Estado Democrático de Direito, consagrado na previsão constitucional do seu inciso LVI, do art. 5º., da Constituição da República brasileira.

Foi-se o tempo das ofensas físicas e morais proclamadas nos escritos do brocardo «*Etiā innocentes cogit mentiri dolor*»<sup>(16)</sup>. Sob quaisquer situações dever-se exceptuar a liberdade, traduzido no pensamento de FIGUEIREDO DIAS «*la liberté est la règle, et sa restriction est l'exception*»<sup>(17)</sup>. Sequer se conjectura a possibilidade de ultrapassar o imperativo do respeito à dignidade e autonomia da pessoa humana, seja qual for à gravidade do delito, seja qual for a consequência danosa à sociedade, se causou comoção pública em sua minoria ou maioria, tampouco a unanimidade, podem legitimamente decidir a violação do núcleo essencial da pessoa e de qualquer de direito material.

---

(16) «A dor força a mentir os próprios inocentes» apud, MONTAIGNE, Da Consciência, Revista do Ministério Público, ano 19.º, janeiro-março 1998, n.º 73, p. 193-194. e ainda, Nos escritos imortais de BECCARIA, Dei Delitti e Delle Pene / tradução José de Faria Costa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p. 93 «(...) que a dor se torne crisol da verdade, como se o critério da verdade residisse nos músculos e nas fibras de um infeliz».

(17) Apud, BMJ, n.º 291, dezembro, 1979, p. 185

O direito não pode se dar ao luxo de penetrar nesta esfera do indivíduo, caso fazendo-o, corre a séria afoiteza de se tornar um direito autônomo em conflito com o direito material, e não é possível uma concordância com o juízo de valor que impõe HEGEL ao Estado, nesta concepção, o qual é portador de uma superioridade ética sobreposta à autonomia do indivíduo, e pode-se concluir de uma forma bem equilibrada e simples, e quem sabe até modesta, sobrevive sem a figura do Estado e este jamais sobreviveria sem o indivíduo, trata-se de requisito essencial e imprescindível para o Estado, o quê em caso contrário, não ocorre.

A autonomia, a individualidade e a vontade são requisitos tangíveis a qualquer ameaça, pois «*a dignidade e a responsabilidade (pelo infuncional reconhecimento a cada homem da sua qualidade de sujeito ético, e a significar, com sabemos, a autonomia de sujeito de direitos, de deveres e de responsabilidades)*»<sup>(18)</sup>, e «*o importante é antes a axiológica normatividade convocada pelo juízo prático em que o homem se reconheça assumido na sua identidade pessoal e infungível, enquanto sujeito de autonomia e correlativamente de responsabilidade*»<sup>(19)</sup>.

A melhor opção ao Estado seria, e hoje é deste modo, entender a liberdade, a autonomia e autodeterminação do indivíduo como sendo algo superior e anterior ao próprio Estado, com o fim de elencar-se os direitos, a liberdade e garantais individuais «*a uma validade “absoluta” e inalienáveis e invioláveis.*

Ausente a autonomia, está ausente também a responsabilidade, e desta junção, por conseguinte, ausente também, está a liberdade, logo, sem autonomia, sem responsabilidade e lógico ausente estará a liberdade. Seria inadmissível atribuir culpa a um homem ausente de autonomia, responsabilidade e liberdade, KANT «*A acção de responsabilidade é impensável sem referencia à noção de pessoa*»<sup>(20)</sup>.

Compulsoriamente, orientando-se por critérios do princípio da proporcionalidade desde que em casos que envolvam a categoria dogmática dos direitos fundamentais, nunca seja sequer atingido o seu conteúdo e núcleos essenciais inerentes a dignidade da pessoa humana. A condenação de uma pessoa com fulcro em provas ilícitas, além de agravar a danosidade social que a lei quer prevenir, acarretará inimaginável discrepância da pretensão punitiva do Estado, por um lado, pela égide ao cometimento de um crime que maculou a respeitabilidade e credibilidade dos direitos humanos, e por outro lado, provocará um processo com dupla moral, antagônicas entre si, e, ainda que tal pretensão punitiva valeria como demonstração contraditória

---

(18) NEVES, A. Castanheira, «O Direito como alternativa humana. Notas de Reflexão Sobre o Problema Actual do Direito», Digesta, Volume 1.º, p. 308.

(19) NEVES, A. Castanheira, «O problema da Autonomia do Direito no Actual Problema da Juridicidade», in, O Homem e o Tempo, p. 91.

(20) KANT, op. cit., p. 96 e seg.

de que o crime, afinal, compensa. Nas palavras de COSTA ANDRADE: «*Apona-se para tanto a imoralidade do Estado que com uma mão favorece o crime que quer punir com a outra*» (21). O significado da inadmissibilidade de provas obtidas mediante meios ilícitos traduz-se em jamais haver a possibilidade do interesse do Estado, por meio do seu «*ius puniendi*» monopolista, valer como interesse prevalecente sobre a tutela do direito de personalidade e da autonomia dos seus cidadãos (22), em prol de um sistema que, infelizmente, não consegue satisfazer-se por si só, desrespeitando inclusive os subprincípios norteadores da prova. Deveras, vive-se fielmente a realidade, através da atualização e preservação da consciência dos valores éticos-sociais, sem deixar-se impressionar por atitudes atroz, na maioria das vezes isoladas, a fim de consagrar, *prima facie* e ilimitadamente, a dignidade e autonomia humana como seus princípios basilares intangíveis, dentro do verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ANDRADE, Hernâni Guimarães, **PUYSÉGUR E O HIPNOTISMO**, in Revista de Espiritismo nr. 29 - Outubro/Dezembro 1995.

ANDRADE, Manuel da Costa, **SOBRE AS PROIBIÇÕES DE PROVA**, Ed. Coimbra.

BALLONE, G. J., **DANO PSÍQUICO**, IN. PsiqWeb, <http://www.psiqweb.med.br/forense/danopsi.html>, 30 de Junho de 2003, às 20h00min, Horário de Brasília/BR.

BARRETO, Ireneu Cabral, **DEMOCRACIA E DIREITOS DO HOMEM**, in Revista do Ministério Público, ano 14º, abril-junho 1993, n.º 54, p.81.

BECCARIA, Cesare, **DOS DELITOS E DAS PENAS**, trad. José Francisco de Faria Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

CANOTILHO, J. J. GOMES e MOREIRA, Vital, **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA ANOTADA**, 3ª Edição revista, Editora Coimbra Editora.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **A NOVA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E O PROCESSO PENAL**, ROA, ano 36, 1976, Lisboa.

---

(21) Cfr. Ibidem. 30 e seg.

(22) Cfr. SCHMITT, ibidem p. 35 e ainda WOLTER, apud, ibidem, p. 38, «em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana nem um processo penal vocacionado para a protecção dos direitos fundamentais (...) a procura da verdade material de uma decisão justa, os esforços pela punição e reparação dos danos não são apenas relativizados pela garantia da dignidade humana, mas por ela inteiramente bloqueados».

DIAS, Jorge de Figueiredo., **DIREITO PROCESSUAL PENAL, LIÇÕES COLIGIDAS MARIA JOÃO ANTUNES**, SECCÃO DE TEXTOS DA UC, 1988-89.

DOLCINI, Emilio/MARINUCCI, Giorgio, trad. José de Faria Costa, **CONSTITUIÇÃO E ESCOLHA DOS BENS JURIDICOS, IN REVISTA PORTUGUESA DE CIÊNCIA CRIMINAL**, ano 4, Fasc. 2, abril-julho 1994;164.

FREIRE, José Paschoal de Mello, **BMJ** n.º. 156, Maio de 1966.

FURTADO, Diogo, **A COACÇÃO PSICOLÓGICA PERANTE O DIREITO**, Revista da Ordem dos Advogados, ano 10º, n.º 1º e 2º trimestres de 1950 : Lisboa, 1950.

GOMES, José Ferreira, **A NARCO-ANÁLISE EM PROCESSO PENAL**, in, Scientia Iuridica, ano 1967, Tomo XVI, p. 87-91.

GONÇALVES, M. Maia, **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ANOTADO**, Lisboa, Editora Livraria Almedina Coimbra, 2001.

GÖSSEL, Karl-Heinz, **AS PROIBIÇÕES DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL DA REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA**, tradução Manuel Costa Andrade, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 2, 3º, 1992.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, **A RAZÃO NA HISTÓRIA – INTRODUÇÃO À FILOSOFIA DA HISTÓRIA UNIVERSAL** /trad. Artur Mourão, ed. 70.

<http://www.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/ORDEMANU.HTM>, em 07 de Abril de 2025, às 10h25min, horário de Brasília/Br.

KANT, Immanuel, **Crítica da Razão Prática**/trad. Arthur Mourão, **TEXTOS FILOSÓFICOS**, ed. 70.

KANT, Immanuel, **FUNDAMENTAÇÃO DA METAFÍSICA DOS COSTUMES**,/trad. Paulo Quintela, **Textos Filosóficos**, ed. 70.

LLORENS, Antonio Cardona, **ESTUDIO MEDICO-PENAL DEL DELITO DE LESIONES** : Madrid: Edersa, Editoriales de Derecho Reunidas, 1988.

MEIREIS, Manuel Augusto Alves, **O REGIME DAS PROVAS OBTIDAS PELO AGENTE PROVOCADOR EM PROCESSO PENAL**, Ed. Almedina, 1999.

MIRANDA, Jorge, **MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, TOMO IV, DIREITOS FUNDAMENTAIS**, Segunda edição, revista e actualizada, 1993, Editora Coimbra Editora.

MOURA, José Souto de Moura, **DIGNIDADE DA PESSOA E PODER JUDICIAL**, in Revista do Ministério Público, ano 18., n 70, abril-junho 1997.

NEVES, A. Castanheira, **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITO DO HOMEM** in, Digesta, Vol. 2.º, Coimbra.

PETERS, Edward, **HISTÓRIA DA TORTURA**, Trad. Pedro Solva Ramos, Teorema.

SANTOS, M. Simas / LEAL-HENRIQUES, M. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ANOTADO**, 1999, I vol. (art. 1 a 240), 2.º ed..

SARGANT, William, **LUTA PELA MENTE**, in [www.ateus.net](http://www.ateus.net), em 17 de Abril de 2025, as 17h35min, horário de Brasília/Br.

TRINDADE, Francisco, **GÊNESE E IDEOLOGIA DO ESTADO NOVO**, 1983, in [WWW.FRANCISCOTRINDADE.COM](http://WWW.FRANCISCOTRINDADE.COM), em 10 de Junho de 2025, às 7h35min, horário de Brasília/Br.

[www.tugas.blogger.com.br/](http://www.tugas.blogger.com.br/), em 20 de Junho de 2025, as 15h00min, hora de Brasília/BR