

SABRINA KIM

**“DA PROVA OBTIDA MEDIANTE TORTURA”
8º CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL**

**ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
SÃO PAULO
2008**

SABRINA KIM

**“DA PROVA OBTIDA MEDIANTE TORTURA”
8º CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL**

Monografia apresentada à Escola Superior do Ministério Público, como exigência parcial para a obtenção do Título de Especialista em Direito Penal, sob a orientação do Professor Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques.

FOLHA DE APROVAÇÃO

Orientador Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques: _____

Nota: _____

“A investigação dos crimes exige rigores: é uma guerra da justiça humana contra a maldade; mas há generosidade e compaixão até mesmo na guerra. O bravo é compassivo; por que o homem da lei haveria de ser bárbaro?”

Voltaire

Resumo

Com a escalada do terrorismo e do crime organizado, parte da doutrina, especialmente a norte-americana, passou a analisar a questão da admissibilidade da prova ilícita, sob uma perspectiva diversa, admitindo o uso da tortura na obtenção de provas, em casos excepcionais, visando o combate à criminalidade.

O presente estudo desenvolveu-se a partir de um breve retrospecto histórico da tortura e da legislação de proteção dos direitos humanos. Na seqüência, foi analisada a questão admissibilidade das provas ilícitas; bem ainda, o princípio da proporcionalidade, examinando-se se haveria a prevalência do direito salvaguardado em relação ao violado, na hipótese da prova obtida mediante tortura.

Por fim, cuidou-se do Direito penal do inimigo em contraposição do Direito penal do cidadão, e suas implicações em face do Estado democrático de direito e do princípio da dignidade humana, dada a relevância da sua aplicação no âmbito da criminalidade organizada e do terrorismo.

SUMÁRIO

Introdução	7
1. Breve histórico da tortura	10
1.1 Antigüidade	10
1.2 Idade Média e Moderna	11
1.3 O Iluminismo	15
2. Instrumentos internacionais e legislação de proteção dos direitos humanos	17
3. Prova	20
3.1 Conceito	20
3.2 Classificações	22
3.3 Provas ilícitas e ilegítimas	23
3.4 Provas ilícitas no processo penal: correntes doutrinárias	25
3.4.1 Pela admissibilidade	26
3.4.2 Pela inadmissibilidade	27
3.5 O critério da Proporcionalidade	28
3.6 Prova ilícita por derivação	35
4. Da prova obtida mediante tortura	37
5. Considerações sobre Direito Penal do Inimigo	52
6. Conclusão	55
7. Bibliografia	57

Introdução

Em 11 de setembro de 2001, 19 (dezenove) homens seqüestraram quatro aviões. Duas aeronaves colidiram com as torres do World Trade Center, em Nova York, e uma terceira se chocou contra o Pentágono, em Washington. O quarto avião caiu na Pensilvânia. Cerca de 3 mil pessoas morreram.¹

Em 11 de março de 2004, uma série de bombas explodiram e atingiram vários trens em três estações de Madri, matando 191 pessoas e ferindo aproximadamente 2.000.²

Em 07 de julho de 2005, bombas foram detonadas e atingiram o sistema de transporte público de Londres. Três explosões ocorreram em trens do metrô e uma atingiu um ônibus vermelho de dois andares, tão característico da capital inglesa. Em decorrência, mais de 50 (cinquenta) pessoas morreram e 700 (setecentas) ficaram feridas, muitas em estado grave.³

Após essa seqüência de ataques terroristas, observa-se que, em face do horror provocado pela morte de inúmeras pessoas indefesas, surgiu um ambiente favorável à suspensão ou mitigação de garantias individuais objetivando a punição dos culpados. Aliás, uma pesquisa da BBC, realizada em 25 países, com 27.000 pessoas, apurou que mais de um terço dos entrevistados, em nove países, consideraram aceitável um certo grau de tortura para salvar vidas.⁴

O professor da Harvard Law School, Alan Dershowitz, no famoso artigo "Want to torture? Get a Warrant" ("Quer torturar? Consiga um mandado") afirma: "a questão real não é se a tortura seria usada – ela seria – mas se ela seria usada fora ou dentro da lei".

¹ **EUA defendem pena de morte para 'mentor' do 11/9.** Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/02/080211_acusados119_cg.shtml> Acesso em: 09/04/2008.

² **Ataques de 11/9 são considerados ápice do terrorismo global.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u99889.shtml>> Acesso em: 09/04/2008.

³ SCHELP, Diogo. **A vez de Londres.** Disponível em: <http://veja.abril.com.br/130705/p_082.html> Acesso em: 09/04/2008.

⁴ **Is torture ever justified?**

Disponível em: <http://www.economist.com/world/international/displaystory.cfm?story_id=9832909> Acesso em: 29-10-2007.

Dershowitz alega que em uma situação de emergência, uma bomba prestes a explodir, a tortura seria justificável, a fim de salvar milhares de vidas inocentes. Lembra que Israel nunca permitiu que informações obtidas mediante tortura fossem utilizadas no tribunal como confissões, porém elas foram utilizadas para prevenir ações terroristas. Por fim, propõe que a tortura seja permitida sob mandado legal, o que considera mais adequado aos valores democráticos.⁵

Por outro lado, como bem asseverou Dalmo de Abreu Dallari: “praticar tortura contra uma pessoa é uma forma covarde de cometer violência física, psíquica e moral, fazendo sofrer a vítima, degradando o próprio torturador e agredindo valores que são de toda a humanidade. Tem havido momentos na história humana em que a prática de violências se torna rotina, ou sob influência da guerra ou de profunda desordem social, duas situações igualmente próprias à degradação moral. Nessas ocasiões não é raro que a força prevaleça sobre a autoridade e a razão, ficando aberto o caminho às expansões da boçalidade violenta, com os governos e até mesmo as leis permitindo a tortura, em nome da defesa da liberdade ou da proteção da sociedade.”⁶

Nessas circunstâncias, o Estado Democrático de Direito coloca-se diante do seguinte dilema: a fim de salvar vidas, seria admissível o uso da tortura? Isto é, a “tortura legal” seria legítima no combate ao terrorismo ou ao crime organizado?

O presente trabalho objetiva analisar a possibilidade de se empregar a prova obtida mediante tortura, em casos excepcionais, à luz dos princípios informadores do Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, far-se-á um breve histórico da tortura, bem como um retrospecto dos instrumentos internacionais e legislação de proteção dos direitos humanos.

Na seqüência, serão analisadas as provas ilícitas, com a exposição das correntes doutrinárias e jurisprudenciais. Será examinado, ainda, o princípio da proporcionalidade no direito penal como instrumento de proteção de bens jurídicos,

⁵ DERSHOWITZ, Alan M. **Want to torture? Get a Warrant.** Disponível em: <<http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?file=/chronicle/archive/2002/01/22/ED5329.DTL>> Acesso em: 29-10-2007.

⁶ Prefácio à obra **Observações sobre a tortura**, de Pietro Verri.

examinando-se se, na hipótese de prova obtida mediante tortura, há prevalência do direito salvaguardado em relação ao violado.

Por fim, merecerá destaque o estudo do Direito Penal do Inimigo e suas implicações no combate ao crime organizado e ao terrorismo, em face das garantias individuais asseguradas pelo Estado democrático de Direito.

1. Breve histórico da tortura

1.1 Antigüidade

À vista da história do direito, observa-se que a tortura ora foi utilizada como pena, ora como meio probatório, para a obtenção da confissão.

Na Grécia utilizava-se a tortura na instrução criminal, como meio de prova. Em regra, os escravos eram submetidos a tormentos, em substituição ao juramento de dizer a verdade feito pelos homens livres.

A propósito, afirma Mário Coimbra:

“No que tange à tortura perpetrada em relação aos escravos, é de se admirar que um povo, onde sedimentou-se o berço da filosofia, tratasse o testemunho desses com extrema irracionalidade, negando-lhe a fé judicial, salvo se fossem submetidos a tormentos. Afirma Demóstenes que o testemunho do escravo, obtido em tal condição, se revestia de maior credibilidade do que aquele prestado pelo homem livre, se nenhuma coação. A incongruência grega era marcante, já que o escravo, apesar de ser considerado uma pessoa desprezível, comparado a um animal, o seu depoimento era marcante para o deslinde da questão, desde que prestado, mediante tortura, que tornava o ato legítimo. Tal procedimento recebeu severa crítica de Forner, que no seu inconformismo, lançou a seguinte questão: “Porventura há no tormento algum influxo físico destinado a enobrecer as almas ou para fazer com que o homem torturado diga absolutamente a verdade?”

O fato de os gregos utilizarem-se da roda, do eculeo, dos açoites e do fogo para obterem a confissão dos torturados, leva a uma estupefação, já que não se pode acreditar que um povo tão culto “em todas as artes que enobrecem o homem, se embruteceu de propósito na parte em que mais se deve ter cultura e sabedoria, a saber: a administração do justo”.⁷

Em Roma, os escravos também eram torturados para que suas declarações tivessem valor legal. O mesmo ocorria com os estrangeiros.

Segundo o citado autor, *“por ocasião da República, se extirpou dos procedimentos criminais todo ato que pudesse revelar qualquer crueldade e que atentasse contra a segurança dos cidadãos humanos. Permitiu-se, até mesmo, que*

⁷ COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto penal da tortura**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-20.

os réus, condenados pela prática de crimes capitais, desterrassem, voluntariamente, a fim de evitarem a inflição da pena de morte. Pode-se afirmar que, em tal período, não só estava vedado o uso de tormentos nos homens livres, como também tal procedimento era repellido com veemência e enfocado “como um verdadeiro atentado contra os direitos públicos de seu governo (romano), quando algum magistrado ousou exercê-lo na pessoa de um cidadão romano”⁸.

Em face da fragilidade das confissões obtidas de escravos mediante tortura, os juristas romanos consideraram que não constituíam meios suficientes para a condenação dos acusados, quando não houvesse outros indícios da prática delitiva.

Com o advento do Império, a tortura dos acusados de delito contra o Estado, crimes *majestatis*, tornou-se regra geral, alcançando, inclusive os homens livres. Nesta época, torturava-se não só o réu, mas também as testemunhas, obrigando-as a falar a verdade.

1.2 Idade Média e Moderna

Em 476 d.C., o Império Romano do Ocidente é dominado pelos bárbaros, que consideravam estar consubstanciada a vontade de Deus no Direito.

Vigorava, então, as ordálias ou juízos de Deus (prova de água fervente, de fogo etc), bem como os duelos judiciários, sendo que era absolvido o acusado que suportasse os tormentos ou vencesse o combate.⁹

Em 506 d.C., os visigodos promulgaram o Breviários de Alarico (*Lex Romana*), o qual manteve a aplicação da tortura aos servos e utilizou-se do instituto denominado *inscriptio*, em que o acusador assumia o compromisso de submeter-se às mesmas penas que seriam direcionadas ao acusado, caso não comprovasse a imputação delitiva.¹⁰

Convém destacar, ainda, as leis de Chindasvindo, que formalizaram a *inscriptio* como um importante documento escrito - que continha a descrição do crime com todas as suas circunstâncias, e cujo conteúdo permanecia em segredo -

⁸ COIMBRA, *op. cit.*, p. 22.

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 36.

¹⁰ COIMBRA, *op. cit.*, p. 32-33.

sem o qual o acusado não era submetido à tortura. Assim, a confissão do acusado só tinha valor legal se correspondesse ao conteúdo da *inscriptio*. Em razão desse instituto houve considerável redução da utilização da tortura.¹¹

Por outro lado, a tortura foi admitida nos tribunais da Inquisição, a partir de 1252, por meio da bula *Ad Extirpanda* editada pelo papa Inocêncio IV.¹² O Santo Ofício considerava crime qualquer atentado à fé ou aos costumes, como feitiçaria, usura, blasfêmia, entre outros, e submetia o acusado à tortura, caso não confessasse a imputação que lhe era feita. Aliás, bastava a confissão para a condenação do acusado, uma vez que constituía prova plena da heresia.

Neste período, o processo inquisitivo e, por conseguinte, a utilização da tortura, recrudescer, com poucas garantias ao acusado, porquanto não tinha sequer conhecimento da acusação, sendo os atos processuais realizados de forma secreta.

A confissão era a rainha das provas (*confessio regina probationum*), uma vez que autorizava a condenação e dispensava outros elementos probatórios.¹³

A tortura não se restringia a instrumento processual visando a busca da verdade dos fatos, mas também era utilizada antes da aplicação da pena capital, como forma de graduação do sofrimento do condenado, ante a gravidade do delito.

Sobre a morte-suplício, a seguinte observação de Michel Foucault:

“(…) O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado aos extremos de uma raiva sem lei. Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar; a morte é um suplício na medida em que ela não é simplesmente privação do direito de viver, mas a ocasião e o termo final de uma graduação calculada de sofrimentos: desde a decapitação – que reduz todos os sofrimentos a um só gesto e num só instante: o grau zero do suplício – até o esquartejamento que os leva quase ao infinito, através do enforcamento, da fogueira e da roda, na qual se agoniza muito tempo; a morte-suplício é a arte de reter a vida no sofrimento, subdividindo-a em “mil mortes” e obtendo, antes de cessar a existência, *the most exquisite agonies*. O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. Mas não é só: esta produção é regulada. O

¹¹ COIMBRA, *op. cit.*, p. 36.

¹² COIMBRA, *op. cit.*, p. 50.

¹³ GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e prova no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 29.

suplício faz correlacionar o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade, o tempo dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso, o nível social de suas vítimas. Há um código jurídico da dor; a pena, quando é suplicante, não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco; ela é calculada de acordo com regras detalhadas: número de golpes de açoite, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda (o tribunal decide se é caso de estrangular o paciente imediatamente, em vez de deixá-lo morrer, e ao fim de quanto tempo esse gesto de piedade deve intervir), tipo de mutilação a impor (mão decepada, lábios ou língua furados). Todos esse diversos elementos multiplicam as penas e se combinam de acordo com os tribunais e os crimes (...).¹⁴

Cabe destacar, ainda, a célebre obra “Observações sobre a tortura”, de Pietro Verri, e em especial, o prefácio da lavra de Dalmo de Abreu Dallari, que assim a sintetizou:

“O tema central do livro de Pietro Verri, escrito entre 1770 e 1777, é a reconstrução, apoiada em documentos, de um processo criminal realizado em Milão no ano de 1630. Esse processo ficou conhecido como “processo dos unttores”, porque os réus eram acusados de untar, passar um óleo venenoso nas paredes da cidade, para assim espalhar a peste, que exterminou grande parte da população milanesa, chegando a matar 800 pessoas por dia.

Em 1630 Milão estava sob domínio espanhol e soldados mercenários de várias procedências, gente atrasada e embrutecida, circulavam por quase toda a Europa, transportando suas mazelas através das cidades, muitas delas vivendo na imundície, sem os mais elementares cuidados de higiene. E foi da Espanha que chegou a notícia de que uma epidemia de peste caminhava através das fronteiras, sendo intencionalmente disseminada por pessoas que esfregavam um óleo mortífero nas paredes. O atraso e as superstições não deixavam perceber o absurdo dessa afirmação, pois obviamente os unttores deveriam ser as primeiras vítimas.

Quando os médicos milaneses deram o alarme, anunciando a chegada da peste, a população se revoltou contra os médicos, que foram acusados de atrair a peste com suas denúncias, recebidas como falsas e alarmistas. A população só se convenceu da realidade quando o número de mortos por dia já era muito elevado e as autoridades, visando obter a cooperação do povo, fizeram desfilar pela cidade, à luz do dia, uma carreta abarrotada de cadáveres com os sinais evidentes da peste.

Desesperado, o povo queria vingar-se de qualquer modo dos causadores de tamanha tragédia e passou a procurar descobrir quem é que estava esfregando o óleo envenenado nas paredes de Milão. O governo, querendo mostrar diligência, oferecia

¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 18ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998, p.31.

um prêmio a quem denunciasse os culpados. E duas comadres, únicas testemunhas que deram fundamento ao processo, afirmaram ter visto quando um modesto comissário do serviço sanitário, Guglielmo Piazza, chegou à rua tendo um papel na mão esquerda. Parou em frente a uma casa, olhou para ela, fez o gesto de quem estivesse escrevendo sobre o papel e, em seguida, apoiou a mão direita na parede. Foi o quanto bastou para que uma das comadres, que olhava a cena da janela de sua casa, fosse comentar com a outra esse fato, que lhe parecia suspeito. Esta afirmou que também tinha observado os movimentos do infeliz Piazza, achando-os muito estranhos. A partir daí foi feita a denúncia, que se espalhou rapidamente, dando como descoberto o autor. O governo da cidade, ou por ter sido muito pressionado pelo povo ou, possivelmente, por achar conveniente identificar um culpado e assim exonerar-se de responsabilidade, também agiu como se estivesse fora de dúvida a descoberta do criminoso.

Guglielmo Piazza foi preso e se iniciou o processo criminal, cujo objetivo era só confirmar aquilo que já se tinha como certo: ele era um dos autores. Brutalmente torturado na presença de um juiz, pendurado pelos braços até que, por seu próprio peso, ocorresse o deslocamento à altura dos ombros, Piazza tentou negar sua culpa, mas por diversas vezes, quando baixaram a corda que o sustinha, esperando que ele confessasse, sua obstinação em afirmar-se inocente irritou o juiz. Este determinou que o suspendessem novamente, até que resolvesse confessar.

Não suportando mais as dores, o infeliz acusado confessou, mas aí se iniciou nova sessão de tortura, para que ele dissesse quem lhe tinha fornecido o unguento pestífero. Outra vez levado ao desespero, Guglielmo Piazza apontou como seu cúmplice um pobre barbeiro seu vizinho, Gian Giacomo Mora, que, pela descrição feita no processo, Verri conclui que era “semideficiente”, incapaz de participar de uma ação criminosa que exigisse esperteza e inteligência.

Igualmente torturado, Mora também acabou confessando. A polícia foi à sua casa e apreendeu uma tina de lixívia, que a mulher do barbeiro usava para a limpeza da casa. O conteúdo da tina foi logo apontado como sendo o material de fabricação do unguento mortífero e, assim, um reforço da prova.

Desse modo, de tortura em tortura, com apoio na lei e com a construção arbitrária da prova pelo juiz, Piazza e Mora foram condenados à morte, executando-se a pena com a mesma brutalidade observada nas sessões de tortura. Assim se afirmava que estava sendo feita justiça.”¹⁵

¹⁵ VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. São Paulo: Martins Fontes, 1992, prefácio p. X-XIV.

A tortura somente foi extinta na Lombardia mais de um século após o mencionado processo, em 1784.¹⁶

Não obstante a tortura ter encontrado campo fértil na França, na Alemanha, em Portugal, entre outros, a partir do século XVIII, iniciou-se um movimento contrário ao absolutismo e ao sistema inquisitivo.

1.3 O Iluminismo

O movimento de idéias denominado Iluminismo desenvolveu-se especialmente no século XVIII, o “século das luzes”, da razão, em contraposição às “trevas”.¹⁷

Com efeito, na segunda metade do século XVIII, inicia-se o período humanitário do Direito Penal.

Beccaria condena a tortura, os juízos de Deus, o testemunho secreto, preconiza a admissão em Juízo de todas as provas, investe contra a prisão preventiva sem prova da existência do crime e de sua autoria.¹⁸

Afirma o citado autor, em sua obra “Dos delitos e das penas”, que “ou o delito é certo ou incerto. Se é certo, não lhe convém outra pena se não a estabelecida pelas leis, e inúteis são os tormentos, pois é inútil a confissão do réu. Se é incerto, não se deveria atormentar o inocente, pois é inocente, segundo a lei, o homem cujos delitos não são provados.” E acrescenta, “estranha conseqüência que, necessariamente, decorre do uso da tortura, é que o inocente é posto em pior condição que o culpado. Realmente, se ambos são submetidos ao suplício, o primeiro tem tudo contra si, uma vez que ou confessa o delito e é condenado, ou é declarado inocente, mas sofreu pena indevida; ao passo que um caso é favorável ao culpado quando, resistindo à tortura com firmeza, deverá ser absolvido como inocente, trocando a pena maior pela menor. O inocente, portanto, só tem a perder e o culpado só a ganhar”.¹⁹

¹⁶ COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto penal da tortura**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 81.

¹⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993. vol. 1, p. 605.

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 36.

As novas idéias preconizadas pelos pensadores iluministas foram responsáveis pela mudança dos sistemas legais então vigentes, com a extirpação da tortura tanto como meio de prova quanto como pena corporal.²⁰

¹⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 61 e 65.

²⁰ GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e prova no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 32.

2. Instrumentos internacionais e legislação de proteção dos direitos humanos

A “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (1948) baniu expressamente a tortura em seu artigo V, que dispõe: “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

A “Convenção Americana de Direitos Humanos” (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, estabeleceu que ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; bem como, toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano (art. 5º, 2).

Por seu turno, a “Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes” (1984), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, definiu a tortura como “qualquer ato pelo qual dores ou sofrimento 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. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram”.

Outrossim, não há possibilidade de derrogação da proibição da tortura, uma vez que a Convenção não admite que circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, sejam invocadas como justificção para a tortura.

Em 9 de dezembro de 1985, foi aprovada pela Organização dos Estados Americanos a “Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura”, que foi ratificada pelo Brasil em 20 de julho de 1989.

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 assegurou que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, inciso

III), considerando inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura (art. 5º, inciso XLIII). Além disso, a Lei nº 9.455/97 definiu os crimes de tortura²¹.

A propósito, confira-se Oswaldo Henrique Duek Marques, em suas considerações sobre a criminalização da tortura:

“Trata-se de crime material, que se consuma com o sofrimento físico ou mental provocado na vítima, independentemente da consecução dos fins visados pelo agente. O sofrimento físico nada mais é do que a própria dor física, enquanto o mental se consubstancia na angústia ou dor psíquica. Tanto um quanto o outro podem ocorrer em momento posterior ao da prática do crime, quando resultantes de um seqüela física ou mental, provocada pela violência ou grave ameaça por parte do agente.

Se a provocação de tais sofrimentos tiver por escopo a obtenção de informação, declaração ou confissão (art. 1º, inciso I, alínea “a”), para configurar a tortura, não há necessidade de que essas sejam destinadas a procedimento judicial ou extrajudicial. Entretanto, se o forem e se não ocorrer o sofrimento físico ou mental, poderá

²¹ “Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

§ 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

§ 3º Se resulta lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, a pena é de reclusão de quatro a dez anos; se resulta morte, a reclusão é de oito a dezesseis anos.

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público;

II - se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

III - se o crime é cometido mediante seqüestro.

§ 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

§ 6º O crime de tortura é inafiançável e insuscetível de graça ou anistia.

§ 7º O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.

Art. 2º O disposto nesta Lei aplica-se ainda quando o crime não tenha sido cometido em território nacional, sendo a vítima brasileira ou encontrando-se o agente em local sob jurisdição brasileira.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revoga-se o art. 233 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.”

caracterizar-se o crime de coação no curso do processo, dependendo do caso concreto (art. 344 do CP), ou, ainda, o de constrangimento ilegal (art. 146 do CP).

Já se a dor física ou mental infligida à vítima visar a provocação de um comportamento criminoso (art. 1º, inciso I, alínea “b”), a tortura estará consumada, independentemente da ocorrência do crime pretendido pelo agente. Pela redação da nova lei, contudo, parece excluída da tortura a provocação para a prática de fato contravençional, uma vez que o dispositivo se refere à provocação de ação ou omissão de “natureza criminosas”. Por se tratar de norma de caráter penal, afigura-se incabível a interpretação extensiva.

Em relação à hipótese prevista na alínea “c” do inciso I do artigo 1º da nova legislação, a redação afigura-se imprecisa, pois a expressão *constranger*, núcleo do tipo, significa coagir ou obrigar a determinada ação ou omissão. Da análise do texto, extrai-se um constrangimento vago, sem qualquer conduta imposta à vítima. Nesse caso, para melhor tipificação, seria mais apropriado um dispositivo à parte, já que para a consumação do crime bastaria o sofrimento físico ou mental provocado na vítima, mediante violência ou grave ameaça, em razão de discriminação racial ou religiosa.

Quanto à forma de tortura prevista no inciso II do referido artigo 1º, não basta a ocorrência do sofrimento físico ou mental: ele tem de ser intenso. Exige-se, ainda, a intenção específica de que funcione como forma de castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Essa espécie de tortura, quando configurada, afastará a incidência do crime de maus-tratos, decorrente de abusos de meios de correção ou disciplina, cuja consumação ocorre com a mera exposição a perigo (art. 136 do CP). Além disso, na tortura, o agente tem a intenção de submeter a vítima a tais sofrimentos, enquanto nos maus-tratos, não. A tortura descrita nesse dispositivo afastará ainda o crime de abuso de autoridade, previsto no art. 3º, letra “i”, da Lei nº 4.898, de 1965, quando comprovada a intensidade do sofrimento físico ou mental causado pelo sujeito ativo.

Consoante o § 1º do mesmo artigo, *“na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”*. Esse dispositivo reafirma a regra estabelecida no artigo 38 do Código Penal, segundo a qual, *“o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”*. A Constituição vigente, da mesma forma, dispõe que *“é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”*. Com a nova lei, o crime de abuso de autoridade, consistente em *“submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei”* (art. 4º, letra “b”, da Lei nº 4.898, de 1965), passa a ser subsidiário em relação à tortura (...).²²

²² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Breves considerações sobre a criminalização da tortura. **Boletim do IBCCRIM**. São Paulo, nº 56, p. 6.

3. Prova

3.1 Conceito

A palavra “prova” origina-se do latim *probatio*, que decorre do verbo *probare*, significando verificar, examinar, persuadir, demonstrar.

No processo, a prova objetiva o convencimento do juiz a respeito de uma situação fática.

Na lição de Frederico Marques:

“A prova é, assim, elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações.

Com a prova o que se busca é a configuração real dos fatos sobre as questões a serem decididas no processo. Para a averiguação desses fatos, é da prova que se serve o juiz, formando, ao depois, sua convicção”.²³

No mesmo sentido, afirma Greco:

“A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

Para isso, a parte deve utilizar-se de meios juridicamente possíveis, dentro dos procedimentos previstos no Código, no momento adequado. Os meios de prova devem ser, portanto, idôneos e adequados, bem como formalmente corretos”.²⁴

Por outro lado, o direito à prova não é absoluto, ainda que inserido nas garantias da ação, da defesa e do contraditório.

É que, como bem asseverou Ada Pellegrini Grinover, os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em

²³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume II. Campinas: Bookseller, 1997, p. 253.

²⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 174.

sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. As grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inserido na sociedade. De tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações²⁵.

Além do que, o processo é uma entidade ética que tem seu embasamento na Constituição. Assim, a atividade do juiz e das partes deve ser regida por uma escrupulosa regra moral, ainda que com limites ao direito à prova.

Exemplo disso é a disposição do artigo 332 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiário ao processo penal:

“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”²⁶

E é no processo penal, que a questão ganha especial relevância, ante a dicotomia defesa social e liberdade do indivíduo, no sistema de liberdades públicas.

De fato, o Estado deve se utilizar de mecanismos de investigação éticos, não se equiparando ao delinqüente na busca da verdade material.

Ao tratar do tema, Ada Pellegrini Grinover salienta:

“É por isso que a investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas, de uma certa maneira, de acordo com o ritmo determinado, na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes.

Assim entendido, o rito probatório não configura formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 45-46.

²⁶ **Código de Processo Civil**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema de prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras de prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um “valor de verdade”. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia.

De duas maneiras pode ser regulado o sistema de legalidade das provas: podem-se estabelecer, positivamente, determinadas modalidades para a admissibilidade das provas; ou o material probatório pode ser selecionado, negativamente, através de uma série de regras de exclusão.

O que leva notar é que uma coisa são regras legais sobre avaliação judicial, hoje superadas; outra, bem diversa, são as regras de admissibilidade e de exclusão de determinados meios de prova. Essas últimas devem ser aceitas e estabelecidas, ainda que no plano da investigação dos fatos possam representar algum sacrifício.”²⁷

3.2 Classificações

Há diversas classificações relativamente às provas, tais como: prova histórica, prova crítica, prova direta, prova indireta, prova plena, prova semiplena, prova real, prova pessoal, prova testemunhal, prova documental ou material, prova casual ou simples, prova pré-constituída etc.

Ao presente trabalho, interessa a classificação das provas em ilícitas e ilegítimas.

De um modo geral, são inadmissíveis os meios de prova proibidos pela lei e aqueles que são incompatíveis com o sistema processual, conforme asseverou Frederico Marques²⁸. Exemplificando, não são admissíveis: as ordálias ou juízos divinos, os meios probatórios de invocação ao sobrenatural e aqueles que sejam incompatíveis com os princípios de observância ao direito de defesa e à dignidade da pessoa humana.

²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 46.

²⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume II. Campinas: Bookseller, 1997, p. 256.

3.3 Provas ilícitas e ilegítimas

A questão da prova ilícita, sob o prisma da política legislativa, envolve a busca da verdade em defesa da sociedade e a observância aos direitos fundamentais que porventura possam ser afetados pela investigação criminal.

Provas proibidas são aquelas que violam normas legais ou princípios do ordenamento de natureza processual ou material.

Com fulcro nesse conceito, destaca Julio Fabbrini Mirabete que a doutrina divide as provas em: ilícitas; as que contrariam as normas de Direito Material, quer quanto ao meio ou quanto ao modo de obtenção; e ilegítimas, as que afrontam normas de Direito Processual, tanto na produção quanto na introdução da prova no processo²⁹.

Com efeito, preleciona Ada Pellegrini Grinover:

A tônica de Nuvolone, no campo das proibições da prova, é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza substancial, quando, embora servindo mediatamente também a interesses processuais, é colocada essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo³⁰.

Assim, tanto a prova ilícita quanto a prova ilegítima configuram uma ilegalidade, por violação do impedimento, isto é, caracterizada a violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material, será a prova ilegal³¹.

²⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 252.

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal. As interceptações telefônicas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 97.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 336/337. Em sentido contrário: “Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo *ilícito*, vedando-se a prova ilegal e a ilegítima. Nesse contexto, abrem-se duas óticas, envolvendo o que é materialmente ilícito (a forma de obtenção da prova é proibida por lei) e o que é formalmente ilícito (a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei). Esse último enfoque (formalmente ilícito), como defendemos, é o ilegítimo. Assim: Luiz Alberto David Araújo e Vidal Nunes Serrano Júnior (*Curso de Direito Constitucional*, p. 123). Em outro sentido, baseado nas lições de Nuvolone, citado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (*As nulidades no processo penal*, p.113; *Processo Penal Constitucional*, p. 78, somente do último autor), está o magistério de Alexandre de Moraes, para quem “as provas ilícitas

Desse modo, quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova (*rectius*, o meio de prova) será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita (*rectius* à fonte de prova será ilegitimamente colhida)³².

Importante observar que as provas ilícitas, obtidas mediante a violação de normas de direito material, podem também ser ilegítimas, na hipótese da lei processual impedir a sua produção em juízo.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Com isso, são ilícitas as provas obtidas: com violação do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal); com violação do domicílio, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal); com violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal); e finalmente, as obtidas mediante tortura (artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal); dentre outros. Outrossim, a Carta Magna assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX).

não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto, conforme já analisado, as *provas ilícitas* são aquelas obtidas com infringência ao direito material, as *provas ilegítimas* são as obtidas com desrespeito ao direito processual. Por sua vez, as *provas ilegais* seriam o gênero do qual as espécies são as provas ilícitas e as ilegítimas, pois configuram-se pela obtenção com violação de natureza material ou processual ao ordenamento jurídico” (*Direito constitucional*, p. 117). (...) Sustentamos, todavia, que o gênero é a *ilicitude* – assim em Direito Penal, quanto nas demais disciplinas, inclusive porque foi o termo utilizado na Constituição Federal – significando o que é *contrário ao ordenamento jurídico*, contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal, quanto o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral. (...) Em conclusão: conforme cremos, o ilícito envolve o ilegalmente colhido (captação da prova ofendendo o direito material, *v.g.*, a escuta telefônica não autorizada) e o ilegitimamente produzido (fornecimento indevido de prova no processo, *v.g.*, a prova da morte da vítima através de simples confissão do réu). Se houver a inversão dos conceitos, aceitando-se que *ilicitude* é espécie de ilegalidade, então a Constituição estaria vedando somente a prova produzida em infringência às normas de natureza material e não cuidando, por força da natural exclusão, das provas ilegítimas, proibidas por normas processuais, o que se nos afigura incompatível com o espírito desenvolvido em todo o capítulo dos direitos e garantias individuais”.

³² GRINOVER, *op. cit.*, p. 98.

É dizer: considera-se prova ilícita, a confissão colhida mediante tortura, por violação à norma de direito material, na medida em que houve violação de direito fundamental na sua obtenção, o que é inadmissível.

Por outro lado, ressalta Vicente Greco Filho que outras correntes doutrinárias e jurisprudenciais admitiam a produção da prova obtida nessas condições (ilicitude da origem ou da obtenção) ou a admitiam em termos, somente na hipótese de o bem jurídico alcançado com a prova ser de maior valor que o bem jurídico sacrificado pela ilicitude da obtenção. Esta última posição era a acolhida pelas decisões judiciais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que sempre fazia uma análise do peso dos valores jurídicos envolvidos.

Entende o referido autor que, é necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito³³.

3.4 Provas ilícitas no processo penal: correntes doutrinárias

Scarance Fernandes delimitou a questão de forma irretocável:

“O tema da prova ilícita vem ganhando espaço entre as preocupações fundamentais do direito processual moderno. Em virtude do grande desenvolvimento da tecnologia, a vida privada, a intimidade, a honra da pessoa humana tornou-se mais facilmente vulnerável. Isso impõe ao legislador cuidado para, na outorga de mecanismos hábeis a eficiente repressão à criminalidade, não autorizar invasões desnecessárias ou desmedidas na vida da pessoa.

Não é fácil, contudo, atingir o ponto de equilíbrio. De um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ter garantida a sua tranquilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais.

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

³³ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 177-178.

direitos fundamentais e no seu direito a que a prova contra si produzida seja obtida por meios lícitos.”³⁴

3.4.1 Pela admissibilidade

Parte da doutrina considera admissíveis as provas ilícitas, isto é, aquelas obtidas por meio de violação a normas materiais, sendo que a transgressão efetivada no momento da obtenção da prova levaria à aplicação de sanções penais, civis ou administrativas, previstas pelo ordenamento jurídico, conforme o caso.

De outro lado, seriam inadmissíveis apenas as provas ilegítimas, ou seja, aquelas que configurassem infração a normas processuais.

Argumentam os autores desta posição:

“... deduzir – dizem eles – da violação da norma protetora de um direito material, ainda que fundamental, a nulidade de todos os atos praticados (culminando, por consequência, com a invalidade de toda a prova) significa incorrer em um “salto lógico” e em uma petição de princípio: nenhuma razão existe para passar da norma abstrata que garanta um direito (de personalidade, de intimidade etc.) à inadmissibilidade da prova (de uma gravação, por exemplo), obtida violando-se aqueles direitos.

O problema jurídico da admissibilidade da prova não diz respeito à maneira pela qual uma determinada prova foi obtida: o importante é verificar se sua introdução no processo é consentida, em abstrato, sendo irrelevante a consideração do uso dos meios utilizados para colhê-la, em concreto: “*Male captum bene retentum*”.

A admissibilidade das provas julga-se segundo a lei processual; quem agiu *contra ius* deve ser punido, mas a prova é validamente introduzida no processo, toda vez que a lei processual não o impeça”³⁵

De toda sorte, há quem defenda a nulidade absoluta da prova que já nasce ilícita, como por exemplo, a confissão obtida mediante tortura, uma vez que haveria violação ao próprio direito de defesa, maculando a autenticidade da prova.

³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 89.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal. As interceptações telefônicas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 105.

3.4.2 Pela inadmissibilidade

Parte da doutrina, por seu turno, não admite que o magistrado considere provas obtidas ilicitamente como fundamento de suas decisões.

A tese se baseia na idéia da moralidade dos atos praticados pelo Estado, que deve assegurar a legalidade na repressão do crime. Argumentam seus defensores que raramente são punidos os agentes policiais pela prática do ato ilícito, de modo que a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito no processo penal constitui um meio eficaz de conter o arbítrio público.

Além disso, afirmam que a livre apreciação das provas refere-se à apreciação dos meios de prova que observem as prescrições legais, isto é, o juiz não está autorizado a pronunciar-se com base em prova ilicitamente constituída.

E conclui, Ada Pellegrini Grinover:

“Sendo a ilicitude um conceito geral do direito, e não conceito especial de algum de seus ramos, o princípio de que o que é nulo é inválido é também geral: e assim, para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido ela obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza. Especialmente quando estas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção, processual ou extraprocessual, da referida prova.

Em conclusão, por esta teoria, sempre que a obtenção da prova resultasse em violação de normas jurídicas, o prejudicado teria o direito de pleitear sua inadmissibilidade e sua ineficácia em juízo.

Interessante, ainda, a consideração de que a recusa da prova obtida através de um procedimento ilegal não é conseqüência de uma atitude meramente formalista, mas sim, pelo contrário, de uma tomada de posição no sentido de que o formalismo existe apenas para a defesa de princípios superiores: nesse caso, para a defesa de importantes direitos e garantias, colocados para a tutela da personalidade humana; o processo, afirma Vescovi, não é um simples match no qual triunfa o mais hábil, forte ou poderoso, mas sim um instrumento que tende a consagrar uma conduta valiosa, conforme à regra moral e aos princípios da lealdade e da probidade”³⁶.

Assim, a admissibilidade de provas ilícitas no processo penal atenta contra os direitos e garantias fundamentais do cidadão, pois o Estado e seus

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal. As interceptações telefônicas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 109.

agentes devem sempre observar a legalidade e moralidade de seus atos, sob pena de se equiparar aos delinqüentes.

3.5 O critério da Proporcionalidade

A exclusão das provas obtidas com violação a direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente, sem qualquer análise dos bens jurídicos postos em questão, gera distorções em casos excepcionais.

Daí o surgimento de uma tese intermediária, baseada no princípio da proporcionalidade.

Com efeito, os tribunais alemães têm admitido prova obtida em violação à Constituição, desde que a sua admissibilidade, possa ser considerada como a única forma, possível e razoável, para proteger outros valores fundamentais, assim considerados na concreta avaliação da Corte³⁷.

Todavia, convém ressaltar que, a aplicação de tal orientação – exceção aos princípios de exclusão da prova ilícita – fundada no princípio da proporcionalidade traz implicações perigosas, em razão do seu próprio subjetivismo.

Ainda assim, alguns autores defendem o critério da proporcionalidade como instrumento necessário à manutenção do justo equilíbrio entre valores em conflito, na medida em que, em casos excepcionais, a pura e simples exclusão das provas ilícitas poderia acarretar resultados desproporcionais.

Os alemães utilizam, indiscriminadamente, o termo proporcionalidade ou proibição de excesso (*übermass*) para designar o princípio que os americanos tratam por razoabilidade³⁸. Porém, princípio da proporcionalidade é a expressão usualmente utilizada nos diversos sistemas de direito europeu.

O Supremo Tribunal Federal empregou pela primeira vez a expressão princípio da proporcionalidade em sede de controle de constitucionalidade, ao deferir a medida liminar de suspensão dos efeitos da lei paranaense nº 10.248, de 14/01/93³⁹. Note-se que a Egrégia Corte fez alusão tanto à proporcionalidade quanto

³⁷ GRINOVER, *op. cit.*, p.112.

³⁸ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 70.

à razoabilidade, deixando assente a possibilidade de se utilizar ambas as expressões.

A doutrina tem se ocupado em precisar a *sedes materiae* da proporcionalidade nas hipóteses em que o princípio não está escrito na Constituição, a fim de viabilizar a sua aplicação.

Na lição de Suzana de Toledo Barros:

“(…) infere-se, com certa facilidade, que a **dignidade do homem**, objetivo máximo a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade, exige possibilidade de abertura para o reconhecimento de novos direitos e traz ínsitos a necessidade de certas garantias básicas a esses direitos.

A Carta Brasileira de 1988 assimilou, de um modo geral, as tendências do novo arquétipo do Estado constitucional. A par de expressamente considerar a dignidade humana princípio fundamental do Estado Brasileiro (art. 1º) e de aumentar, em relação às Constituições anteriores, o rol dos direitos e garantias fundamentais, conferiu-lhes **aplicabilidade imediata** (art. 5º, § 1º) e tratou de assegurar-lhes expectativa de expansão, segundo a cláusula aberta assim redigida: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º).

Ainda sinalizando mudanças substanciais para dar especial proteção aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988, mantendo a garantia de eternidade (art. 60, § 4º, IV) e o princípio da reserva legal (art. 5º, II), ampliou o princípio da proteção judiciária (art. 5º, XXXV) com a criação de instrumentos processuais tendentes a coibir a omissão legislativa, como o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), e explicitou a garantia do devido processo legal para a restrição da liberdade ou da propriedade (art. 5, LIV).

O **princípio da proporcionalidade**, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de **garantia especial**, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na

³⁹ EMENTA - Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para a substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e pars., 25, par. 2º, e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida. (STF, ADI 855 MC, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, Pleno, j. 01.07.1993, DJ 01.10.1993)

justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes”⁴⁰.

O princípio da proporcionalidade é concretizado a partir da concepção de Estado de Direito, que, por seu turno, define e observa, por meio de normas jurídicas, os limites de sua atuação. Aliás, a idéia de proporcionalidade decorre de outros princípios, como: a proteção dos direitos fundamentais, da justiça, da personalidade, integridade física, da supremacia do Estado Democrático de Direito, entre outros. Na Constituição brasileira, a proporcionalidade é um princípio implícito, decorrente da dignidade humana, do devido processo legal etc.

A Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo, estabelece:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instruir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

Nesse contexto, o Estado tem como função a proteção dos direitos dos cidadãos, que deve ser implementada sob as bases do direito. E o princípio da proporcionalidade constitui um importante instrumento de garantia do indivíduo contra os abusos no exercício do poder e de efetividade dos direitos fundamentais. Assim é que:

“O **princípio da proporcionalidade** tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a **adequação** traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da **necessidade** é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela **proporcionalidade em sentido estrito**, pondera-se

⁴⁰ BARROS, *op. cit.*, p. 88-89.

a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus”⁴¹.

Daí que, parte da doutrina (corrente intermediária) admite a inclusão da prova ilícita no processo penal, em casos excepcionais, visando a proteção de valores considerados mais relevantes em contraposição àqueles infringidos na colheita da prova (ponderação de interesses ou de bens jurídicos), valendo-se, na hipótese, do princípio da proporcionalidade.

A respeito, manifesta-se Adalberto José Queiroz Telles Camargo Aranha:

“Para tal teoria intermediária, propomos uma nova denominação: a do interesse preponderante. Em determinadas situações, a sociedade, representada pelo Estado, é posta diante de dois interesses relevantes antagônicos e que a ela cabe tutelar: a defesa de um princípio constitucional e a necessidade de perseguir e punir o criminoso. A solução deve consultar o interesse que preponderar e que, como tal, deve ser preservado.”⁴²

De se ressaltar que tanto a doutrina como a jurisprudência tem admitido a utilização da prova ilícita *pro reo*, tendo em vista a garantia constitucional do direito de defesa, mormente quando se tratar de prova da inocência do acusado. Isto porque, a hipótese de condenação de um inocente é tão abominável, que não pode ser admitida ainda que haja sacrifício de outros valores, haja vista que, neste caso, o valor liberdade se sobrepõe aos demais princípios que regem o processo penal.

Como afirma Ada Pellegrini Grinover:

“(…), não deixa de ser, em última análise, manifestação do princípio da proporcionalidade, a posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros.

Trata-se de aplicação do princípio da proporcionalidade, na ótica do direito de defesa, também constitucionalmente assegurado, e de forma prioritária no processo penal, todo informado pelo princípio do “favor rei”.

⁴¹ BARROS, *op. cit.*, p. 210.

⁴² ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles Camargo. **A prova proibida no âmbito penal**. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, n. 75, p. 56.

Além disso, quando a prova, aparentemente ilícita, for colhida pelo próprio acusado, tem-se entendido que a ilicitude é eliminada por causas legais, como a legítima defesa, que exclui a antijuridicidade.”⁴³

Sobre o tema, as “Mesas de Processo Penal”, atividade ligada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, propuseram os seguintes enunciados:

“Súmula nº 48 – Denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material.

Súmula nº 49 – São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa.

Súmula nº 50 – Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa.”⁴⁴

Importante destacar a posição esposada por Antonio Scarance Fernandes quanto à atuação do princípio da proporcionalidade, no sentido de que não deve ser invocado a favor ou contra o acusado, mas sim, deve-se verificar, no caso concreto, se a restrição ao indivíduo é necessária, adequada e se justifica pelo valor a ser protegido. Pondera o autor:

“Especificamente em relação ao processo penal, discute-se se o princípio só pode ser aplicado em benefício do acusado ou também em favor da acusação, essencialmente no que se refere ao tema da prova ilícita. A questão deve ser melhor esclarecida. A afirmação do princípio foi no sentido de garantir o indivíduo contra os excessos na atuação dos órgãos detentores do poder, buscando encontrar a medida adequada, necessária e justa. Não se trata de impedir a existência ou atuação de norma restritiva ou de fazer imperar sempre o princípio mais favorável ao acusado, mas de fazer atuar certa regra ou prevalecer determinado princípio de maneira equilibrada. Assim, não se cuida de invocar o princípio em favor do acusado ou da acusação, mas de verificar se, no caso concreto, a restrição ao acusado é adequada, necessária e se justifica em face de valor maior a ser protegido.”⁴⁵

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 49.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 50.

Aliás, exemplifica com duas situações concretas que revelam a necessidade de se admitir a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Por primeiro, relata o caso de violação de correspondência de presos considerados perigosos, que possibilitou a descoberta do plano de fuga, no qual estava previsto inclusive o seqüestro de um juiz de direito.

Em sede de *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se nos seguintes termos:

“A Lei de Execução Penal, ao elencar os direitos do preso, reconhece-lhe a faculdade de manter contacto com o mundo exterior por meio de correspondência escrita (art. 41, XV). Esse direito, contudo, poderá ser **validamente** restringido pela administração penitenciária, consoante prescreve a própria Lei nº 7.210/84 (art. 41, parágrafo único).

Razões de segurança pública, de disciplina penitenciária ou de preservação da ordem jurídica poderão justificar, **sempre excepcionalmente**, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Daí, a **procedente** advertência de Julio Fabbrini Mirabete (“Execução Penal”, p. 146/147, 2ª ed., 1988, Atlas, **verbis**:

*“(...)Questão delicada, quanto ao tema, é a referente à censura da correspondência, que limita a liberdade de comunicação do preso. Segundo preceito da Carta Magna, ‘é inviolável o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas’ (...). A censura e o impedimento de correspondência efetuados nos presídios e previstos em regulamentos internos põem em foco essa garantia constitucional, já se tendo afirmado a inconstitucionalidade de normas jurídicas que limitam o direito e sigilo de correspondência. **Mas, como bem observa Ada Pellegrini Grinover, ‘as liberdades públicas não são mais entendidas em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de convivência das liberdades, pelo qual nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias’. ‘Nessa ordem de idéias – acrescenta – deve ser considerada a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, com vistas à finalidade ética ou social do exercício do direito que resulta da***

⁴⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 59.

garantia; tutela desta natureza não pode ser colocada para a proteção de atividades criminosas ou ilícitas'. Certamente há limitações que, em casos concretos, aconselham as exigências de segurança da execução penal, inclusive com a limitação do direito e sigilo da correspondência do preso. Podem ser efetuadas a interceptação e a violação da correspondência no caso suspeita da prática de infração penal, da remessa ou recebimento de objetos proibidos, de dúvidas quanto ao remetente ou destinatário (nomes imaginários, pseudônimos ou qualquer outro método que impeça o conhecimento das pessoas que se correspondam), da preservação da segurança do presídio, das medidas para impedir a fuga ou motins, das comunicações que comprometam a moral e os bons costumes, ou seja, em todas as hipóteses em que avulte o interesse social ou se trate de proteger ou resguardar direitos ou liberdades de outrem ou do Estado, também constitucionalmente assegurados.”⁴⁶

Na seqüência, menciona a hipótese de prova de inocência obtida pelo réu por meio de interceptação telefônica não autorizada judicialmente, em contrariedade ao disposto na Constituição Federal.

E conclui o citado autor:

“As duas situações retratadas impelem a que se analise o princípio da proporcionalidade sob dois prismas. Na primeira – prova ilícita *pro reo* – a inadmissibilidade da prova ilícita afirmada no inc. LVI do art. 5º da Constituição cede terreno a outro preceito constitucional, o que assegura a todo réu a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV); estão em confronto duas

⁴⁶ “EMENTA: **HABEAS CORPUS** – ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO – OBSERVÂNCIA – ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO – UTILIZAÇÃO DE CÓPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS – PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA – PEDIDO INDEFERIDO.

- A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei.

- A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal.

- A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

- O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus.”

(STF, HC 70.814-5, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.03.1994, DJ 24.06.1994)

normas constitucionais de conteúdo processual, sendo a segunda de caráter prevalente. Na outra situação – violação de correspondência dos presos para impedir fuga de presídio e para evitar a prática de seqüestro de juiz de direito, com perigo para a vida do magistrado - a proporcionalidade é verificada entre duas normas constitucionais de natureza material: a proteção ao sigilo da correspondência, superada pela necessidade de ser preservada a segurança do presídio e a vida do juiz de direito; aqui, a prova obtida não será considerada ilícita e, por isso, não há afronta à regra de sua inadmissibilidade no processo.

Em suma, a norma constitucional que veda a utilização no processo de prova obtida por meio ilícito deve ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade, devendo o juiz, em cada caso, sopesar se outra norma, também constitucional, de ordem processual ou material, não supera em valor aquela que estaria sendo violada.”⁴⁷

Saliente-se que parte da doutrina entende ser possível a aplicação do critério da proporcionalidade *pro societate*, com fundamento na crescente criminalidade organizada.

Todavia, esse posicionamento é refutado à luz dos valores constitucionais protegidos, em razão da prevalência dos valores “liberdade” e “dignidade da pessoa humana” no Estado Democrático de Direito.

3.6 Prova ilícita por derivação

Com relação à prova ilícita por derivação – hipótese em que, a partir de prova colhida ilicitamente, obtém-se prova que, considerada isoladamente, seria lícita⁴⁸ – há orientação no sentido da sua inadmissibilidade, com fundamento na proteção da pessoa humana, uma vez que a sua aceitação constituiria estímulo à violação de direitos fundamentais. Tal posição decorre da teoria dos frutos da árvore envenenada da Suprema Corte americana, segundo a qual o vício da planta é transmitido aos seus frutos. Isto é, há contaminação da prova, que se torna ilícita por derivação.

⁴⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 94.

⁴⁸ SCARANCA FERNANDES assim a exemplifica: “Alguém confessa a prática de um crime de roubo mediante tortura e indica a pessoa com a qual está o produto do crime (prova obtida ilicitamente); a autoridade policial, com mandado judicial, ingressa na residência indicada e consegue apreender a coisa obtida com a prática infracional (prova obtida licitamente, mas que derivou da confissão, feita em virtude da tortura)”, *op. cit.*, p. 95.

Há no direito comparado limitações a essa teoria (*fruits of the poisonous tree*) nos casos em que a conexão entre as provas derivadas e as provas ilícitas for tão tênue, de maneira que não configure uma relação de estrita causa e efeito (*independent source*), ou quando as provas derivadas da ilícita poderiam ser descobertas de outra forma (*inevitable discovery*).

Entretanto, grande parte da doutrina brasileira entende ser inadmissível no processo as provas ilícitas por derivação.

4. Da prova obtida mediante tortura

A questão da prova obtida mediante tortura não é nova - conforme já relatado anteriormente no capítulo relativo à história da tortura - pois ora foi utilizada como pena, ora como meio legal de prova, objetivando a busca da verdade real.

Aliás, durante longo período, acreditou-se que a tortura era um meio eficaz para a descoberta dos autores das práticas criminosas. Afirmava-se, segundo Italo Mereu:

“Se a tortura for eliminada, a justiça ficará desarmada e a impunidade dos culpados será garantida.” A tortura era considerada pelos seus defensores um instrumento de justiça “eficaz e necessário”, para se descobrir a verdade e “fazer triunfar a justiça”.⁴⁹

Atualmente, esse pensamento está superado. A doutrina e a jurisprudência entendem ser inadmissível a prova obtida mediante tortura dada a sua ilicitude.

Com efeito, ao tratar dos métodos proibidos de prova, em especial da tortura, Manuel da Costa Andrade ressalta:

“Não podem suscitar-se dúvidas quanto à proscrição invencível de toda e qualquer forma de *tortura*. Que, como Maihofer acentua, atinge no coração as exigências de uma *praxis* jurídico-penal formalizada e conforme à justiça *justizförmige*. Seja qual for a dignidade do fim invocado, argumenta na mesma linha Hassemmer, ao lançar mão da tortura, <o Estado serve-se de um meio que degrada moralmente o argüido, o objectiviza e funcionaliza. O torturado é degradado à categoria de mera fonte de informações, deixando de ser encarado e tratado como portador de direitos. O Estado comporta-se como um qualquer outro que utiliza o poder fáctico para a imposição dos seus interesses>.”⁵⁰

De toda sorte, a tortura foi banida expressamente pela “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (1948), que estabeleceu em seu artigo V: “ninguém

⁴⁹ MEREU, Italo. **A morte como pena** – Ensaio sobre a violência legal. Tradução de Cristina Sarteschi. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: La morte come pena, p. 158.

⁵⁰ ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre as proibições de prova em processo penal. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 210.

será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Ocorre que, com a escalada do terrorismo e do crime organizado, parte da doutrina, especialmente a norte-americana, passou a analisar a questão, sob uma perspectiva diversa, admitindo o uso da tortura na obtenção de provas, em casos excepcionais, visando o combate à criminalidade.

Sobre o tema, as considerações de Miguel Reale Júnior:

“Na luta contra o terrorismo e contra qualquer ato que pudesse longinquamente constituir uma relação perigosa com potência estrangeira, editou-se o Patriotic Act, que contém disposições inconstitucionais de afronta aos direitos individuais, pois autoriza, sem necessidade de apreciação judicial, que órgãos de segurança rastreiem e-mails, vigiem o uso da internet e interceptem ligações telefônicas, bem como efetuem a detenção de “suspeitos” por períodos prolongados. Milhares de americanos passaram a ser espionados, com número incalculável de correios eletrônicos e telefones sendo interceptados, como ressalta Al Gore.

Pior legado, contudo, foi a inusitada aceitação da tortura, que veio a ser intensamente praticada nos presídios de Guantánamo, de Abu Ghraib e em prisões secretas no Egito, no Paquistão, no Marrocos e no Afeganistão, países indiferentes às práticas de violência contra prisioneiros.

Apesar de a Convenção de Genebra de 1949 proibir que prisioneiros, mesmo membros de movimentos civis, sofram mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios, bem como tratamentos humilhantes e degradantes, os suspeitos de ligação com atividades terrorista ou com potência estrangeira foram torturados pelos militares e interrogadores americanos.

Duas pérolas jurídicas produzidas pelos juristas do Ministério da Justiça dos EUA justificaram a tortura, como ressalta, em recentíssimo livro, Michel Terestchenko (*Du bon usage de la torture ou comment les démocraties justifient l'injustifiable*). Primeiramente, a tortura, definida pela Convenção da ONU de 1984 como sofrimentos agudos, físicos ou mentais, infligidos a uma pessoa a fim de obter informações ou confissões, foi limitada, pelos juristas por encomenda, ao aspecto físico, ao sofrimento ou ferimento imposto sobre o corpo, sendo admissível a tortura psíquica. Justificaram-se, então, ameaças de morte ou de violação, jogar água fria sobre os corpos nus, encarceramento em local escuro, com contínuos altos gritos ou sons variados, ou com intensa luz, sem descanso, sem horários de alimentação, com interrogatórios que se sucedem por variados interrogadores, sem acusação explícita. (...)

O mais espantoso foi a normalização da tortura como método principal de investigação, pois, conforme o historiador americano Alfred McCoy, 14 mil iraquianos

foram submetidos a interrogatórios severos, com tortura eventual, e 1.100 foram vítimas de torturas sistemáticas. Três acusados de serem responsáveis pela Al-Qaeda foram, com autorização da Casa Branca, submetidos à simulação de afogamento. Destaca, todavia, Al Gore que, após a veiculação das fotos de torturas em Abu Ghraib, comissão de investigação sobre os suplícios impostos nesse presídio concluiu que 90% dos torturados eram inocentes.”⁵¹

O horror provocado pela imagem do choque dos aviões contra as torres gêmeas do *World Trade Center*, em 11 de setembro de 2001, exemplo de prática terrorista recente, introduziu a discussão sobre a legitimidade da tortura, como meio necessário à defesa da integridade dos indivíduos e do Estado.

Em outras palavras, a luta contra o terrorismo poderia justificar o uso da tortura, com o propósito de obter informações sobre o plano de ações e atividades terroristas.

Seus defensores propõem a seguinte hipótese: a tortura de um terrorista seria justificável, para que ele indicasse o local onde se encontra uma bomba prestes a explodir, a fim de salvar milhares de vidas inocentes.

Argumenta-se que a questão não se limita ao dilema “torturar ou não torturar”, pois a tortura, bem como os interrogatórios coercitivos, sempre ocorreram ao longo do tempo e, deveriam, portanto, ser regulamentados, com a expedição de mandado legal, tornando a prática mais consentânea com os valores democráticos.

Afirma-se, ainda, que a proibição do uso da tortura em qualquer circunstância tornaria a sociedade mais vulnerável aos ataques terroristas.

Ada Pellegrini Grinover cita caso hipotético, discutido em congresso realizado em 1971, a respeito da admissibilidade da prova ilícita como único instrumento para prevenir um desastre de grandes proporções:

“Cappelletti perguntou a Smit se, em seu entender, quando se conseguisse através de uma prova ilegal saber da existência de uma bomba atômica enterrada no solo de Florença, a prova ilícita deveria ser usada para alcançar o criminoso; Smit respondeu que a prova deveria ser usada apenas para localizar e desmantelar a bomba, mas, desde que obtida ilegalmente, não poderia ser usada para punir o criminoso. Cappelletti indagou, então, qual seria o procedimento, se a prova assim conseguida revelasse não apenas a identidade do criminoso, como ainda que o mesmo planejava

⁵¹ REALE JÚNIOR, Miguel. O legado de Bush. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, p. A2, 1 nov. 2008.

destruir Veneza e Paris no dia seguinte, ao que Smit respondeu que casos-limite frequentemente tornam as decisões mais difíceis, mas que um princípio que se defende deve ser aplicado em todos os casos, inclusive nos casos-limite. Mesmo porque, do contrário, estar-se-ia incentivando a conduta ilegal, praticada na esperança de persuadir o juiz a admitir a prova.”⁵²

Vê-se que a inadmissibilidade de prova ilícita é uma garantia que objetiva a proteção da liberdade, da igualdade e, mais do que tudo, da dignidade da pessoa humana.

Convém destacar caso emblemático, ocorrido na Alemanha em 2002, descrito por Claus Roxin. Relata o autor que foi seqüestrado o filho de 11 anos de um banqueiro. O autor do delito foi detido e só revelou o local onde se encontrava o garoto seqüestrado, sob ameaça de tortura. Porém, não foi possível o resgate, pois a vítima havia sido assassinada logo após o seqüestro.

Desde então, tem-se discutido se a ação da polícia foi lícita ou não, bem como, se as informações obtidas mediante a ameaça de tortura devem ser usadas para prova a culpabilidade do acusado.⁵³

Nesse contexto, surgiram três argumentos que justificariam a ameaça de tortura, na medida em que a polícia teria atuado para salvar uma vida em face de um assassino.

Inicialmente, sustentam que a proibição da tortura somente é válida para a persecução penal e não pode ser invocada no caso de defesa ante um perigo. Isto porque, o Estado tem a obrigação de proteger seus cidadãos.

Assim, no caso do seqüestro já descrito, argumentam que não foi feito nenhum interrogatório no sentido processual penal, tampouco foram feitas perguntas sobre autoria e participação, mas a conduta questionada se limitou à questão relativa à localização do garoto.

Todavia, não há como se justificar esse posicionamento, uma vez que não se pode separar a persecução penal da necessidade de proteção estatal contra um perigo. Ao revelar o local onde se encontrava o seqüestrado, o acusado produziu prova contra si mesmo. Portanto, obteve-se uma auto-inculpação, mediante a

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal. As interceptações telefônicas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 112, nota de rodapé n. 150.

⁵³ ROXIN, Claus. ¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales? **Cuadernos de política criminal**, II, nº 83. CESEJ, 2004, p. 23-36.

ameaça de tortura, e é exatamente isso que as normas correspondentes visam impedir.

Além disso, a proibição da tortura não se limita a medidas de persecução penal.

A Constituição Federal de 1988 assegurou que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, inciso III).

Igualmente, tratados e convenções internacionais de proteção dos direitos humanos vedam a prática de tortura, sem qualquer ressalva. E se houvesse exceção à vedação da tortura, seria rechaçado pelo princípio de respeito à dignidade humana.

Com efeito, atua em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem (artigo 25 do Código Penal).

A tortura, ao contrário, submete o torturado a suplícios físicos ou mentais para obter à força uma declaração, constituindo-se em uma violação à dignidade da pessoa humana, extrapolando uma mera defesa frente a um ataque.

Outro argumento apóia-se no entendimento de que a violência estatal, na hipótese, o uso da tortura, tem amparo em causas justificantes para legitimá-la. De modo que a prática seria típica, mas não ilícita, ante a alegação de estado de necessidade justificante ou legítima defesa de terceiro.

Na lição de Luiz Regis Prado:

“Atua em estado de necessidade o agente que, para salvar de perigo atual e inevitável, não provocado voluntariamente, objeto jurídico próprio ou de terceiro, obriga-se a lesar outro alheio – definição legal, (art. 24, *caput*, CP). Não pode alegá-lo quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo (§ 1º). Na hipótese em que o sacrifício do direito ameaçado seja razoável exigir-se, a pena poderá ser reduzida (§ 2º).

Em termos gerais, pode ser conceituado como “um estado de perigo atual, para legítimos interesses, que só pode ser afastado mediante a lesão de interesses de outrem, também legítimos”. Noutro dizer, é a situação na qual se encontra uma pessoa que não pode razoavelmente salvar um bem, interesse ou direito, senão pela prática de um ato, que fora das circunstâncias em que se encontrava, seria delituoso. O art. 13, § 2º, do Código Penal, reputa *dever legal* a omissão relevante em determinados casos. Dever legal de enfrentar o perigo (ex: *policia*, *bombeiro*), salvo caso de sacrifício pessoal ou de risco excessivo.

É muito discutida a questão do fundamento jurídico-penal dessa causa justificante. A respeito, indicam-se algumas teorias: 1. *Teorias neutralistas*: a) teoria da volta ao estado de natureza e à comunidade de bens – *necessitas rem reducit ad meram ius naturae* – defendida pelos canonistas e jusnaturalistas. Preocupa-se em justificar o apoderamento de alimentos e de vestuário, sob imperiosa necessidade; b) teoria que situa o estado de necessidade fora do Direito Penal, sustentada inicialmente e de maneira radical por Fichte, baseava-se na simples causalidade natural, sendo o delito necessário admitido quando do embate de duas vidas. Posteriormente e, com modificações, acolheu-a Binding, dizendo que entre as ações permitidas e as ilícitas há uma zona neutra; c) teoria da inutilidade prática da repressão – a sanção imposta contra o ato executado por necessidade não teria utilidade social; 2. *Teorias subjetivas*: estão vinculadas às idéias positivistas, e consideram o estado de necessidade como causa de inimizabilidade ou de inculpabilidade (violência moral, debilidade humana etc.); 3. *Teorias objetivas* (colisão de interesses ou de bens). Inicia-se, em sua acepção pura, com Hegel, que falava em conflito de direitos: não permitir a uma pessoa salvar sua vida em perigo seria negar-lhe todos os direitos; seguido, depois, por Berner, Sermet, Moriaud etc. Todavia, a polêmica envolvendo, sobretudo, casos de antropofagia (bens de valor equivalentes), deu lugar a uma necessidade de tratamento diversificado para os vários casos de estado de necessidade (causas de justificação ou de inculpabilidade). Na atualidade, são acolhidas as teorias unitária objetiva e diferenciadora objetiva. Seu fundamento reside, na verdade, na imperiosa necessidade de defesa de bens jurídicos.

As hipóteses de estado de necessidade são cominuídas basicamente em dois grupos: aqueles em que os direitos ou bens em conflito são de valor diferencial e aqueles em que o conflito ocorre entre bens ou direitos de valor equivalente (v.g., vida x vida), ou de menor valor. Daí resultam as duas principais teorias sobre a matéria: *teoria unitária ou monista objetiva (Einheitlichkeitstheorie)* e *teoria dualista ou diferenciadora objetiva (Differenzierungstheorie)*.

(...)

Para a primeira, originária da *contrainte physique* do Código Penal francês de 1810 (art. 64), o estado de necessidade é sempre uma causa de justificação, independentemente da ponderação de bens em confronto (adotada pelo Código Penal, art. 24). Em sentido diverso, a *teoria diferenciadora objetiva ou teoria da discriminação*, cuja formulação inicial deve-se a Goldschmidt (1913) e Freudenthal (1922), que distingue entre colisão de bens de igual ou de maior valor, excludente da culpabilidade, por inexigibilidade de outra conduta, e o conflito de bens desiguais, com sacrifício do bem de menor valor (quando o mal causado é menor do que o que se pretende evitar), excludente de ilicitude.

Desse modo, o ordenamento jurídico faculta a lesão ao bem de menor valor como único meio de salvar o de maior valor (estado de necessidade justificante); e no caso

de bens eqüipolentes (duas vidas humanas), ou de maior valor, elide o juízo de censura sobre o qual repousa a culpabilidade, isto é, a conduta será ilícita, mas não reprovável ao agente, por inexigibilidade de outro comportamento (estado de necessidade *exculpante*).

(...)

Do exposto, resulta conveniente o tratamento diferenciador, com uma regulação, em separado, do estado de necessidade justificante (excludente da ilicitude) e do estado de necessidade exculpante (excludente de culpabilidade).

(...)

Nesse passo, calha salientar que se faz necessário submeter a uma revisão o critério sustentando pela opinião preponderante, segundo o qual o estado de necessidade será uma causa de justificação sempre que o mal causado seja menor que o evitado. Desse modo, se um cirurgião, por exemplo, extrai um rim de uma pessoa sã, sem seu consentimento, para que outro colega possa realizar um transplante de órgãos com o fim de salvar a vida de um paciente, o mal causado é menor que o evitado. Com efeito, produziu-se uma lesão corporal e um atentado à liberdade, mas é indubitável que em nosso ordenamento jurídico a vida humana é um bem superior que a integridade corporal e a liberdade.

De igual modo, se um indivíduo mata outro para salvar várias vidas humanas – por exemplo, se mata o proprietário de uma lancha que se recusa veementemente a salvar vários náufragos em perigo -, o mal causado também é menor que o evitado. Segundo a doutrina majoritária, todavia, a conduta seria lícita se ocorressem os demais requisitos do estado de necessidade. Não é possível considerar lícitas, porém, essas condutas que implicam grave atentado à dignidade da pessoa humana. Em ambos os casos o ser humano é utilizado como um mero instrumento para a consecução de outros fins e isso implica grave atentado contra sua dignidade.

De conseguinte, é de todo aconselhável restringir o campo de abrangência do estado de necessidade justificante: este será uma causa de justificação quando o mal causado for menor que o evitado, desde que a conduta realizada não implique uma infração grave do respeito devido à dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, como já destacado, possui significado constitucional, enquanto fundamento da ordem política e da paz social, figurando como um princípio material de justiça, de validade *a priori*, que representa um limite do Direito positivo.

Em síntese, sempre que o mal causado for menor que o evitado, mas tenha sido praticada uma grave violação ao respeito devido à dignidade da pessoa humana, a conduta será ilícita e caberá invocar a legítima defesa. O estado de necessidade só poderá ter, em casos como esse, a natureza de uma causa de exclusão da culpabilidade.”⁵⁴

⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 397-401.

Com relação à legítima defesa, assenta o autor referido:

“A legítima defesa vem a ser a “repulsa ou o impedimento da agressão ilegítima, atual ou iminente, pelo agredido ou terceira pessoa, contra o agressor, sem ultrapassar a necessidade de defesa e dentro da racional proporção dos meios empregados para impedi-la ou repeli-la”. É a situação em que o agente repele agressão atual e ilícita a direito seu ou de outrem. Faz-se valer a máxima de que o Direito não tem que ceder ante o ilícito. Trata-se de mais saliente e antiga causa de justificação, que transforma uma ação típica em lícita, amparada pela ordem jurídica.

(...)

Nada obstante, a verdadeira natureza jurídica – fundamento – dessa eximente é dupla: em primeiro lugar reside na necessidade de defesa de bens jurídicos e em segundo lugar, ao se repelir agressão ilícita, preserva-se o ordenamento jurídico.

Requisitos

É importante tornar saliente que os pressupostos da legítima defesa devem ser examinados a partir de uma determinada situação de legítima defesa, que, ao existir, faculta a prática da ação defensiva, o exercício do direito de legítima defesa.

1. *Objetivos:* a) *Agressão atual ou iminente e injusta* – deve-se entender por agressão, toda ação dirigida à produção de um resultado lesivo a um bem jurídico, violenta ou não. A mera omissão não dá lugar a uma agressão, pois carece de causalidade e voluntariedade de realização. Nessa hipótese, e quando o omitente é obrigado a realizar uma ação que podia realizar, poderia se escorar na eximente do estado de necessidade (art. 24, CP). É indispensável que o ato agressivo seja *consciente* e *voluntário*, com o objetivo de lesar o bem jurídico. No caso de realização por simples culpa, movimentos corporais em que esteja ausente a ação, ou por ataque de animais, cumpre invocar o estado de necessidade (art. 24, CP). A agressão deve ser atual ou iminente e injusta. Atual, como já observado, designa, presente, já se ter começado e ainda não estar concluída; e iminente, ou seja, imediata, prestes a acontecer. Injusta significa *ilícita*, *antijurídica*, sem amparo da ordem jurídica (não só da lei penal), ainda que não obrigatoriamente punível. Assim, não há legítima defesa contra legítima defesa ou qualquer outra causa de exclusão de ilicitude. Não se indaga se o ataque era ou não evitável, ou previsível, sendo indiferente a possibilidade de fuga do agredido. Diante de uma agressão atual ou iminente, ilícita, dolosa, não há fundamento jurídico para impor limites à autonomia pessoal (*v.g.*, dever de fuga, desvio, solidariedade etc.). Advirta-se, contudo, que isso

não equivale a autorizar reações defensivas desproporcionadas, contra ataques insignificantes. Admite-se a legítima defesa, em razão da ilicitude, diante de ataques de inimputáveis (doentes mentais); aqueles que estejam sob estado de intoxicação aguda pelo álcool ou estupefaciente; de menores; em situação de erro de proibição inevitável, e, em geral, dos que agem inculpavelmente. Afirma-se que nessas hipóteses o fundamento da eximente reside na faculdade de autodefesa, o que significa que o agredido deve se limitar à proteção dos bens jurídicos, evitando lesões desnecessárias.

No caso de provocação, tem sido entendido que só obsta a legítima defesa se for premeditada ou intencional (*pretextus defensionis*) ou revestir-se de uma verdadeira agressão; b) *Direito próprio ou alheio* – todo bem jurídico cujo portador seja o próprio indivíduo ou terceira pessoa (sentido amplo: integridade física, saúde, patrimônio, honra). Como bem se destaca, “o mais humilde dos direitos não pode ficar à mercê de injusto ataque. Todo direito é inviolável e nenhum, portanto, pode ser excluído da área da legítima defesa”, c) *Meios necessários, empregados com moderação* – a defesa legítima deve ser necessária e moderada, isto é, indispensável à repulsa e sem ultrapassar os limites necessários para afastar a ação agressiva ilícita (*moderamen inculpatae tutelae*). Os meios necessários são os suficientes para arrostar a agressão, tendo-se em conta o que as circunstâncias permitem, conforme dispunha o projeto Sá Pereira (art. 10). Demais disso, é mister que exista uma certa proporcionalidade entre a agressão e a reação defensiva, em relação aos bens e direitos ameaçados. Caso contrário, a reação defensiva será ilícita, já que excessiva, e pode dar lugar à legítima defesa por parte do inicial agressor (legítima defesa sucessiva). Pondera-se tanto a gravidade do ataque como a natureza e a relevância do bem jurídico objeto de proteção.

(...)

2. *Subjetivo*: conhecimento da agressão e vontade de defesa. O agente deve ser portador do elemento subjetivo, consistente na ciência da agressão e no ânimo ou vontade (*animus defendi*) de atuar em defesa de direito seu ou de outrem.”⁵⁵

Do exposto, depreende-se que, sob a alegação de estado de necessidade justificante, o pressuposto que legitimaria essa tese seria considerar o interesse da vida da vítima como mais importante que a observância da norma que veda a prática da tortura.

Por outro lado, no caso de legítima defesa de terceiro, teria que se considerar o silêncio do acusado como um ataque à vítima realizado por omissão e,

⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 402-405.

o uso da tortura ou a ameaça de seu uso como uma defesa necessária frente a esse ataque.

No entanto, as duas normas penais em referência não são aplicáveis à espécie, pois essas causas de justificação penal só podem ser argüidas pelos cidadãos, e não pelo Estado.

Outrossim, tanto o estado de necessidade justificante quanto a legítima defesa de terceiro cuidam-se de causas de justificação mediante a ponderação de interesses.

A respeito, Mário Coimbra explicita:

“A doutrina, por outro lado, é praticamente unânime em afirmar que não há nenhum interesse superior ao direito de não ser tortura para que o bem jurídico tutelado pela norma em exame possa ser vilipendiado, com o amparo em alguma causa justificante.

Mesmo em relação ao estado de necessidade, onde se centra a maior discussão doutrinária, deve ser afastada a utilização desta causa de justificação, posto que o mal produzido pela tortura transcende a ponderação que se faz no estado de necessidade, cotejando-se os bens jurídicos em perigo, sendo oportuno lembrar-se que a tortura não só atenta contra a dignidade do torturado, afetando-se bens personalíssimos, como também “afeta a própria essência do Estado democrático de Direito”.

Pontifica-se, no entanto, que, embora não se possa admitir, na prática da tortura, a excludente de ilicitude, pela incidência do estado de necessidade justificante, em casos extremos, não pode ser afastada a excludente de culpabilidade, pela presença do estado de necessidade exculpante, como no caso do agente que instala diversas bombas que são detonadas em tempos diversos previamente demarcados por esse que, inclusive, avisa a polícia da hora exata da explosão, sem mencionar, contudo, os locais em que se encontram instalados os explosivos, culminando por causar inúmeras mortes. Em tal hipótese, com a prisão do agente e, em havendo, mais explosivos a serem detonados, pode ser invocada a aludida excludente para a prática da tortura, caso não haja outros meios disponíveis menos gravosos, para salvar o conflito de interesses enfocado.”⁵⁶

⁵⁶ COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto penal da tortura**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 145-146.

Não se discute que a tortura representa uma violação à dignidade humana, já que converte o torturado em um mero objeto, com o fim de obter informações ou sua confissão.

Daí que a dignidade da pessoa humana não admite ponderações, uma vez que é intangível, devendo sempre prevalecer.

O mesmo sucede com a legítima defesa, que não admite tampouco a lesão à dignidade humana.

Afinal, defende-se que a renúncia do Estado em fazer uso da tortura, em casos excepcionais, constitui uma vulneração da dignidade humana da vítima, em contraposição à dignidade humana do autor do delito. Alega-se que a dignidade humana da vítima deve prevalecer e o Estado deve fazer tudo o que é possível para salvá-la, ainda que isso implique em violação da dignidade humana do acusado.

Em sentido diverso, manifesta-se Claus Roxin:

“Una argumentación tal ha sido expuesta reiteradamente en Alemania. Ya el propio vicepresidente de la policía, que había ordenado la tortura, invoca el deber del Estado de <evitar perjuicios a sus ciudadanos>. Y el ya citado Brugger declara que en un secuestro es muy probable <que la dignidad de la víctima escondida sea menospreciada. Su cuerpo y su persona son utilizados como mero medio con el fin de extorsionar... Por un lado, sería vulnerada mediante la tortura la dignidad del secuestrador. Por outro, en una situación en la que la dignidad se enfrenta a la dignidad, el ordenamiento jurídico puede y debe colocarse del lado de la víctima y exigir al autor la revelación del escondite.>

Esto suena convincente pero, sin embargo, no me parece correcto. Ciertamente, se puede decir que el secuestrador ha vulnerado la dignidad humana de la víctima, al igual que hacen muchos delincuentes. Pero esto no legitima al Estado a atacar por su parte la dignidad humana del autor porque su superioridad moral frente al delincuente reside precisamente en que no utiliza los mismos medios que éste. Si al Estado le está prohibida toda vulneración de la dignidad humana y con ello también la tortura, entonces, lógicamente, no puede existir por su parte una vulneración de la dignidad humana en la omisión de medidas de tortura. Bien es verdad que el Estado está obligado a proteger la vida y la dignidad humana de sus ciudadanos en la medida de lo posible. Pero sólo en la medida de lo posible: la protección puede ser otorgada siempre sólo dentro de los límites establecidos a la actuación del Estado de Derecho. Entre estos límites se encuentra en primer lugar la prohibición de tortura.”⁵⁷

⁵⁷ ROXIN, Claus. ¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales? **Cuadernos de política criminal**, II, nº 83. CESEJ, 2004, p. 29.

De fato, as atividades terroristas, de grupos armados, ou mesmo do crime organizado infundem o pânico e a insegurança na população. E, ainda que a sua ação criminosa cause lesão a bens inalienáveis protegidos juridicamente, como a vida, a liberdade, entre outros, não é admissível que o Estado utilize-se de meios ilegítimos para combatê-la. Isto é, seria um contra-senso o Estado Democrático de Direito utilizar-se dos mesmos meios violentos que pretende eliminar.

O Estado deve atuar na proteção de seus cidadãos, sem causar dano às garantias individuais, mesmo que, num primeiro momento, a sociedade apóie a suspensão de direitos a pretexto de se punir os criminosos.

Nesse sentido, salienta Nigel Rodley:

“(...) Qual o preço das noções de tolerância, da dignidade e do valor de todo ser humano de justiça e proporcionalidade, quando a própria sociedade percebe estar sob ameaça, principalmente se essa ameaça vem daqueles que não negariam a verdadeira legitimidade daqueles mesmos valores?

O preço é que, uma vez que uma sociedade abandona seus valores para derrotar um ataque violento àqueles valores, já cedeu, talvez irreparavelmente, sua base moral para resistir ao ataque. Terá perdido – e os terroristas terão vencido – a batalha mais importante. Pois uma sociedade que afirma se basear nas idéias de democracia, nas regras da lei e respeito aos direitos humanos, e depois ignora todos esses princípios nos seus esforços para lutar contra o terrorismo, terá demonstrado que esses valores não são mais preciosos do que aqueles propagados pelos próprios terroristas. Isso ocorre, obviamente, porque o Secretário-Geral do Conselho da Europa (o equivalente europeu das Organizações dos Estados Americanos) disse numa conferência judicial internacional o seguinte:

O terrorismo é uma violação aos direitos humanos, e à norma da lei. Deve ser combatido com vigor máximo, mas não a qualquer custo, certamente não ao custo desses valores. Nós não devemos destruir ou até mesmo subestimar a democracia nos fundamentos de defendê-la (...).

Assim, nós estamos limitados a seguir uma abordagem “vencer-vencer”: reduzindo a ameaça de terrorismo através de ação punitiva e preventiva muito firme, e salvaguardar as liberdades de maiores dimensões possíveis e seu princípios de apoio e procedimentos.”⁵⁸

⁵⁸ RODLEY, Nigel. Terrorismo: segurança do Estado – direitos e liberdades individuais. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, nº 18, p. 19.

É claro que se condena de modo absoluto a prática do terrorismo - aliás, repudiado expressamente pelo art. 4º, VIII, da Carta Magna - que, de modo geral, constitui grave violação dos direitos humanos. E, à primeira vista, pode parecer legítimo que se empregue a tortura para se obter de um terrorista informações que possibilitem evitar um ataque que causaria a morte de inúmeros inocentes.

Entretanto, estar-se-ia cruzando a estreita fronteira entre o Estado Democrático de Direito e o arbítrio, uma vez que o Estado seria patrocinador de uma atividade ilegal que atenta contra seus próprios princípios.

Deste modo, é fundamental a observância das garantias constitucionais asseguradas aos acusados, em especial o contraditório e a ampla defesa, ainda que se trate de processo que envolva terroristas ou integrantes do crime organizado.

A propósito, conclui René Ariel Dotti:

“Em suma, devem ser estabelecidas garantias para que o processo criminal não se transforme, ele mesmo, num instrumento de terror, agora manipulado pelo próprio Estado. Quando se fala no devido processo legal, pensa-se, evidentemente, nos acusados de um processo criminal e, muito mais que neles, deve-se pensar também em todo e qualquer cidadão que possa ser apontado como suspeito. É nesse sentido, não distinguindo entre culpados e inocentes, que muitas vezes se manifesta o terror estatal.

(...)

O devido processo legal é uma exigência do Estado democrático de Direito e também da própria formulação da consciência social e humana. Não é possível submeter-se qualquer pessoa aos rigores, aos dramas e às tragédias do processo criminal sem a obediência ao devido processo legal em todas as suas expressões, sejam as primárias, relativas à presunção de inocência, ou não. Como, por exemplo, a proposta do Tribunal Penal Internacional, que contém, entre as garantias de Direito Penal, a proibição da retroatividade da lei mais grave, o princípio das reservas dos crimes e das penas e a proibição pelo duplo julgamento. Em suma, os princípios já consagrados na consciência jurídica e social dos povos.”⁵⁹

⁵⁹ DOTTI, René Ariel. Terrorismo e devido processo legal. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, nº 18, p. 30.

Por fim, da análise da prova obtida mediante tortura à luz do critério da proporcionalidade, conclui-se pela sua inaplicabilidade, uma vez que não há como se aferir a prevalência de um direito sobre o outro.

Segundo Valéria Diez Scarance Fernandes Goulart:

“Nenhum bem jurídico prevalece sobre o respeito à integridade física e psíquica de um indivíduo. A tortura viola o ser humano em todos os seus aspectos – moral, psicológico, físico – e, muitas vezes, deixa seqüelas e traumas profundos, causando intenso sofrimento. Além disso, o emprego de tortura pode conduzir à morte, caso o agente não tenha a aptidão necessária ou acabe excedendo-se na violência. Assim, a proibição da tortura serve para resguardar a própria vida e não existe no direito bem jurídico mais valioso do que a vida das pessoas.

Não há, portanto, como aplicar o princípio da proporcionalidade para tornar admissível uma prova obtida mediante tortura. Tal interpretação deve persistir, quer se trate de tortura praticada pelos órgãos públicos, quer se trate de tortura praticada pelo próprio acusado – para provar sua inocência.”⁶⁰

Aliás, como bem anotou Bobbio “entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muitos diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais. Porém, até entre os chamados direitos fundamentais, os que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas, são bem poucos: em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, um opção.”⁶¹

⁶⁰ GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e prova no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 112.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 20.

Desse modo, na hipótese de uso da tortura, não há prevalência do direito salvaguardado em relação ao violado. Assim é que, em conformidade com o processo penal e os princípios constitucionais – dignidade da pessoa humana - deve a tortura ser repelida, sob pena de comprometer os valores democráticos do Estado de Direito e as garantias individuais.

5. Considerações sobre Direito Penal do Inimigo

Günther Jakobs sintetiza o “Direito penal do inimigo” nos seguintes termos:

“A. A função manifesta da pena no Direito penal do cidadão é a *contradição*, e no Direito penal do inimigo é a *eliminação de um perigo*. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos *podem* ser legítimos.

B. No Direito natural de argumentação contratual estrita, na realidade, todo delinqüente é um inimigo (Rosseau, Fichte). Para manter um destinatário para expectativas normativas, entretanto, é preferível manter, por princípio, o *status* de cidadão para aqueles que *não* se desviam (Hobbes, Kant).

C. Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.

D. As tendências contrárias presentes no Direito material – *contradição versus* neutralização de perigos – encontram situações paralelas no Direito processual.

E. Um Direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar *todo* o Direito penal com fragmentos de regulações próprias do Direito penal do inimigo.

F. A punição internacional ou nacional de vulnerações dos direitos humanos, depois de uma troca política, mostra traços próprios do Direito penal do inimigo, sem ser só por isso ilegítima.”⁶²

Como se vê, Jakobs propõe a coexistência de um Direito penal, dotado de garantias, destinado aos cidadãos, e um Direito penal do inimigo, destinado aos indivíduos que não admitem ingressar no estado de cidadania e, portanto, devem ser tratados como fonte de perigo, não podendo participar dos benefícios do conceito de pessoa.

Destaca o citado autor:

“O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à

⁶² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p.49-50.

guerra. Essa coação pode ficar limitada em um duplo sentido. Em primeiro lugar, o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Neste sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo o que é permitido fazer, mas pode conter-se, em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz. Mas isto em nada altera o fato de que a medida executada contra o inimigo não significa nada, mas só coage. *O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo* (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) *combate perigos*; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias.”⁶³

Deste modo, no Direito penal do inimigo se pretende combater indivíduos que com seu comportamento se afastam, de maneira duradoura, do Direito. Deve-se aplicar o Direito penal do inimigo, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas, esclarecendo Jakobs:

“Ao que tudo isto segue parecendo muito obscuro, pode-se oferecer um rápido esclarecimento, mediante uma referência aos fatos de 11 de setembro de 2001. O que ainda se subentende a respeito do delinqüente de caráter cotidiano, isto é, não trata-lo como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age erroneamente, já passa a ser difícil, como se acaba de mostrar, no caso do autor por tendência. Isto está imbricado em uma organização – a necessidade da reação frente ao perigo que emana de sua conduta, reiteradamente contrária à norma, passa a um primeiro plano – e finaliza no terrorista, denominação dada a quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem. Entretanto, não se pretende duvidar que também um terrorista que assassina e aborda outras empresas pode ser representado como delinqüente que deve ser punido por qualquer Estado que declare que seus atos são delitos. Os delitos seguem sendo delitos, ainda que se cometam com intenções radicais e em grande escala. Porém, há que ser indagado se a fixação estrita e exclusiva à categoria do delito não impõe ao Estado uma atadura – precisamente, a necessidade de respeitar o autor como pessoa – que, frente a um terrorista, que precisamente não justifica a expectativa de uma conduta geralmente pessoal, simplesmente resulta inadequada. Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinqüente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos <guerra> e <processo penal>. De novo, em outra formulação: quem não quer privar o Direito penal do cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito – controle das paixões;

⁶³ JAKOBS, *op. cit.*, p. 30.

reação exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios; a respeito da personalidade do delinqüente no processo penal, etc. – deveria chamar de outra forma aquilo que *tem que* ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito penal do inimigo, guerra contida.”⁶⁴

No que interesse ao tema, à luz da teoria exposta, na hipótese de se admitir a tortura de suspeitos a fim de evitar graves perigos, deveria ser permitida a tortura de todos os supostos terroristas, para que delatassem outros componentes de seu grupo ou para que indicassem as futuras ações criminosas.

A Corte Suprema de Israel em 1996 declarou admissível o emprego de violência contra supostos terroristas detidos, como instrumento legítimo e necessário ao combate de iminente ato terrorista contra a população. Todavia, o Tribunal abandonou esta posição em outro julgado de 1999.⁶⁵

Destarte, não há como se admitir a tortura, tampouco nesses casos, sob pena de se passar de um Estado de direito para um Estado da tortura, com regresso à barbárie. Aliás, a história já mostrou que o uso desse método contém em si um princípio de injustiça, na medida em que pode atingir inocentes e também produzir erros judiciários.

Em suma, conforme preleciona Luigi Ferrajoli:

“A razão jurídica do Estado de direito, de fato, não conhece amigos ou inimigos, mas apenas culpados e inocentes. Não admite exceções às regras senão como fato extra ou antijurídico, dado que as regras – se são levadas a sério, como regras, e não como simples técnicas – não podem ser deixadas de lado quando for cômodo. E na jurisdição o fim não justifica os meios, dado que os meios, ou seja, as regras e as formas, são as garantias de verdade e de liberdade, e como tais têm valor para os momentos difíceis, assim como para os momentos fáceis; enquanto o fim não é mais o sucesso sobre o inimigo, mas a verdade processual, a qual foi alcançada apenas pelos seus meios e prejudicada por seu abandono.”⁶⁶

⁶⁴ JAKOBS, *op. cit.*, p. 36-37.

⁶⁵ ROXIN, Claus. ¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales? **Cuadernos de política criminal**, II, nº 83. CESEJ, 2004, p. 30.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. Título original: *Diritto e ragione*, p. 767.

6. Conclusão

1. À vista da história do direito, observa-se que a tortura ora foi utilizada como pena, ora como meio probatório, para a obtenção da confissão. Na Idade Média, o processo inquisitivo e, por conseguinte, a utilização da tortura, recrudescer, com poucas garantias ao acusado, porquanto não tinha sequer conhecimento da acusação, sendo os atos processuais realizados de forma secreta. As novas idéias preconizadas pelos pensadores iluministas foram responsáveis pela mudança dos sistemas legais então vigentes, com a extirpação da tortura tanto como meio de prova quanto como pena corporal.

2. A “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (1948) baniu expressamente a tortura em seu artigo V, que dispõe: “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegurou que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, inciso III), considerando inafiançável e insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura (art. 5º, inciso XLIII). Além disso, a Lei nº 9.455/97 definiu os crimes de tortura.

3. Os direitos do homem, segundo a moderna doutrina constitucional, não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se permite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias.

4. O processo é uma entidade ética que tem seu embasamento na Constituição. Assim, a atividade do juiz e das partes deve ser regida por uma escrupulosa regra moral, ainda que com limites ao direito à prova.

5. Quando a proibição for colocada por uma lei processual, a prova será ilegítima (ou ilegitimamente produzida); quando, pelo contrário, a proibição for de natureza material, a prova será ilícita.

6. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

7. Considera-se prova ilícita, a confissão colhida mediante tortura, por violação à norma de direito material, na medida em que houve violação de direito fundamental na sua obtenção, o que é inadmissível.

8. O princípio da proporcionalidade é concretizado a partir da concepção de Estado de Direito, que, por seu turno, define e observa, por meio de normas jurídicas, os limites de sua atuação. Aliás, a idéia de proporcionalidade decorre de outros princípios, como: a proteção dos direitos fundamentais, da justiça, da personalidade, integridade física, da supremacia do Estado Democrático de Direito, entre outros. Na Constituição brasileira, a proporcionalidade é um princípio implícito, decorrente da dignidade humana, do devido processo legal etc.

9. Tanto a doutrina como a jurisprudência tem admitido a utilização da prova ilícita *pro reo*, tendo em vista a garantia constitucional do direito de defesa, mormente quando se tratar de prova da inocência do acusado. Isto porque, a hipótese de condenação de um inocente é tão abominável, que não pode ser admitida ainda que haja sacrifício de outros valores, haja vista que, neste caso, o valor liberdade se sobrepõe aos demais princípios que regem o processo penal.

10. Na hipótese de uso da tortura, não há prevalência do direito salvaguardado em relação ao violado. Assim é que, em conformidade com o processo penal e os princípios constitucionais – dignidade da pessoa humana - deve a tortura ser repelida, sob pena de comprometer os valores democráticos do Estado de Direito e as garantias individuais.

11. Não há como se admitir a tortura, tampouco nos casos de combate ao terrorismo, sob pena de se passar de um Estado de direito para um Estado da tortura, com regresso à barbárie. Aliás, a história já mostrou que o uso desse método contém em si um princípio de injustiça, na medida em que pode atingir inocentes e também produzir erros judiciários.

7. Bibliografia

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

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Provas ilícitas e proporcionalidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993. vol. 1.

Código de Processo Civil. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COIMBRA, Mário. **Tratamento do injusto penal da tortura.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DOTTI, René Ariel. Terrorismo e devido processo legal. **Revista do Centro de Estudos Judiciários.** Brasília, nº 18, p. 27-30, jul./set. 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paulo Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. Título original: Diritto e ragione.

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** 18ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

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

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal. As interceptações telefônicas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRINOVER, SCARANCE FERNANDES & MAGALHÃES GOMES FILHO. **As nulidades no processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. 2. tiragem. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1997.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume II. Campinas: Bookseller, 1997.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. Breves considerações sobre a criminalização da tortura. **Boletim do IBCCRIM**. São Paulo, nº 56, p. 6-7, jul. 1997.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MEREU, Italo. **A morte como pena** – Ensaio sobre a violência legal. Tradução de Cristina Sarteschi. Revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Título original: La morte come pena.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Volume 1. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. O legado de Bush. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, p. A2, 1 nov. 2008.

RODLEY, Nigel. Terrorismo: segurança do Estado – direitos e liberdades individuais. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, nº 18, p. 16-22, jul./set. 2002.

ROXIN, Claus. ¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales? **Cuadernos de política criminal**, II, nº 83. CESEJ, 2004, p. 23-36.

VERRI, Pietro. **Observações sobre a tortura**. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

VOLTAIRE. **Comentários políticos**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. Revisão da tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título original: Lois (esprit des), commentaire sur l'esprit des lois; Commentaire sur le livre des délits et des peines; Lettre a M. le Marquis de Beccaria.

OUTRAS REFERÊNCIAS:

Ataques de 11/9 são considerados ápice do terrorismo global. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u99889.shtml>> Acesso em: 09/04/2008.

DERSHOWITZ, Alan M. **Want to torture? Get a Warrant**. Disponível em: <<http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?file=/chronicle/archive/2002/01/22/ED5329.DTL>> Acesso em: 29-10-2007.

EUA defendem pena de morte para 'mentor' do 11/9. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/02/080211_acusados119_cg.shtml> Acesso em: 09/04/2008.

Is torture ever justified? Disponível em: <http://www.economist.com/world/international/displaystory.cfm?story_id=9832909> Acesso em: 29-10-2007.

PIOVESAN, Flávia. **Combate à tortura**. Disponível em: <http://www.direitos.org.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=429> Acesso em: 29-10-2007.

SCHELP, Diogo. **A vez de Londres**. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/130705/p_082.html> Acesso em: 09/04/2008.